



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 751 DEL 5 sett 2018

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da Società Cooperativa Sociale “La Fenice” – Procedura aperta per l’affidamento del servizio di assistenza scolastica per gli alunni sordi, ciechi e con gravi disabilità psicofisiche frequentanti gli Istituti Scolastici di competenza del Libero Consorzio Comunale di Trapani a.s. 2017/2018 - Importo a base d’asta: euro 598.734,00 - S.A.: Libero Consorzio Comunale di Trapani

PREC 134/18/S

Il Consiglio

VISTA l’istanza singola prot. n. 91678 del 14 luglio 2017 presentata dalla Società Cooperativa Sociale “La Fenice”, nella quale l’istante evidenzia di essere stato escluso dalla procedura in oggetto per non aver provveduto, nel termine richiesto dalla stazione appaltante in sede di soccorso istruttorio, ad integrare la documentazione attestante il possesso del requisito di capacità economico-finanziaria relativo al fatturato specifico nel settore di attività oggetto dell’appalto. L’istante sostiene che l’esclusione è illegittima per i seguenti motivi: a) mancata considerazione da parte della stazione appaltante del fatturato relativo a servizi di assistenza in generale ai disabili; b) violazione delle norme del bando di gara, che prevedeva che il requisito di capacità economico finanziaria poteva essere dimostrato « con uno o più documenti tra quelli di seguito indicati: 1) idonee dichiarazioni di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d. lgs. 385/1993; 2) bilanci o estratti dei bilanci dell’impresa; 3) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del dPR 445/2000, concernente il fatturato globale d’impresa da cui si evinca che il fatturato annuo specifico negli ultimi tre esercizi non è inferiore al valore di 598.734,00 euro»; rispetto a tali indicazioni, la stazione appaltante non ha ritenuto sufficiente la sola presentazione delle referenze bancarie, in aggiunta all’autodichiarazione sul fatturato specifico; c) genericità della richiesta di soccorso istruttorio; d) mancato accoglimento della richiesta di proroga del termine per la regolarizzazione avanzata dall’operatore economico istante;

VISTO l’avvio dell’istruttoria effettuato in data 19 giugno 2018;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti, in particolare l’autodichiarazione sul possesso dei requisiti presentata dalla Società Cooperativa Sociale “La Fenice”, dalla quale risulta che il fatturato specifico annuo richiesto è dimostrato mediante ricorso all’avvalimento con l’ausiliaria Cooperativa Sociale Iside. Per gli anni 2014 e 2015 tale fatturato è costituito, per una parte considerevole, da rette di ospiti presso la Comunità Magnolia, struttura residenziale gestita dalla Cooperativa “La Fenice”;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO che, per quanto attiene al motivo di doglianza *sub a)*, la stazione appaltante non ha ritenuto riconducibili al fatturato specifico gli importi scaturenti da prestazioni riferite a “retta ospite residenziale presso comunità La Magnolia” e “trasporto disabili”, in quanto non assimilabili al settore oggetto dell'appalto. Sul tema, la giurisprudenza ha chiarito che, se il bando richiede come requisito di partecipazione un fatturato specifico relativo a precedenti servizi svolti ed inerenti l'oggetto dell'appalto, è necessario che le precedenti esperienze del concorrente riguardino servizi propri dello specifico settore cui attiene l'oggetto dell'appalto, secondo un criterio di analogia ed inerenza che non richiede l'esatta coincidenza dei servizi con quelli nominalmente richiamati negli atti della specifica procedura concorsuale (Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2098). Gli artt. 1 e 9 del disciplinare di gara indicano, quale oggetto dell'appalto, l'assistenza scolastica per gli alunni sordi, ciechi e con gravi disabilità psicosfiche, richiedendo l'impiego di 120 assistenti all'autonomia e alla comunicazione con specializzazione nelle varie disabilità e 4 operatori per l'assistenza igienico personale. Se dunque ciò che rileva è la similitudine tra le prestazioni oggetto dell'appalto e quelle dei servizi svolti, ne segue l'effettiva non rispondenza del fatturato dei servizi dichiarati rispetto al settore oggetto della gara, posto che la gestione di una comunità alloggio (e il mero servizio di trasporto) non appaiono direttamente riferibili all'assistenza di studenti con disabilità sensoriale dell'udito, della vista o altro grave deficit psicofisico. Diversamente opinando, se si ritenesse l'oggetto dell'appalto ascrivibile alla macro categoria generica delle prestazioni assistenziali ai disabili, si snaturerebbe il senso stesso del fatturato specifico, portandolo a coincidere con il fatturato globale. Pertanto, l'interpretazione data dalla stazione appaltante alla nozione di “servizio analogo” nella fattispecie *de qua* appare conforme ai consolidati orientamenti giurisprudenziali in materia e rispettosa dei principi di massima partecipazione e di *par condicio* dei concorrenti;

CONSIDERATO, per quanto attiene al motivo di doglianza *sub b)*, che il bando indicava tre possibili modalità - sopra ricordate - per l'attestazione del requisito di capacità economico-finanziaria, precisando che la dimostrazione poteva essere fornita con uno o più documenti, tra cui la presentazione di idonee dichiarazioni di istituti bancari o intermediari autorizzati. L'operatore economico istante ha presentato le referenze e sostiene che esse – in base al richiamato tenore letterale del bando di gara - debbano essere ritenute sufficienti a dimostrare la capacità economico-finanziaria; tuttavia lo stesso operatore ha allegato alla documentazione di gara un'analitica autodichiarazione ai sensi del DPR 445/2000 del fatturato specifico richiesto, con ciò mostrando la consapevolezza che attraverso le dichiarazioni bancarie non era assolto l'onere probatorio richiesto dal bando di gara. Le cosiddette “referenze bancarie”, ovvero “lettere di affidabilità”, con le quali gli istituti di credito attestano di intrattenere rapporti di affidamento bancario con un operatore economico, sono infatti finalizzate a certificare la solidità economica del concorrente e consistono in un'attestazione dell'idoneità dell'impresa sotto il



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

profilo delle risorse disponibili a far fronte agli impegni che conseguirebbero dall'aggiudicazione dell'appalto, ma non sono idonee a comprovarne il fatturato specifico;

CONSIDERATO, in riferimento alla doglianza *sub c)*, che la richiesta di integrazione documentale avanzata dalla stazione appaltante precisava che «in base alle dichiarazioni rese dall'impresa ausiliaria in ordine al fatturato annuo specifico nel settore di attività oggetto dell'appalto, l'importo per gli anni 2014 e 2015 non raggiunge quello previsto nel disciplinare. Si precisa che per la dimostrazione del fatturato specifico vanno dimostrati i servizi prestati per assistenza scolastica per gli alunni sordi, ciechi e con gravi disabilità psicofisiche». In disparte ogni considerazione circa il significato di “servizio analogo”, già oggetto di trattazione ai punti precedenti, si ritiene che la nota individua con sufficiente chiarezza i dati mancanti, come previsto dall'art. 83, comma 9, del d. lgs. 50/2016;

CONSIDERATO, per quanto attiene alla doglianza *sub d)*, che il concorrente ha motivato la richiesta di proroga del termine con la circostanza che l'impresa ausiliaria non era in grado, nel poco tempo disponibile, di fornire le informazioni richieste. L'istante ha configurato tale situazione come causa a sé non imputabile e ha ritenuto sussistenti le ragioni per chiedere una proroga, sostenendo la presenza di oggettive condizioni che non consentivano di effettuare la regolarizzazione nel termine di sette giorni assegnato, termine peraltro inferiore a quello previsto dall'art. 83, comma 9, del d. lgs. 50/2016, da ritenersi non perentorio. A questo proposito, occorre rilevare che la disposizione relativa al soccorso istruttorio, oggi contenuta nell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, esprime la chiara volontà del legislatore di evitare esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali, di imporre un'istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale entro il termine accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante. Tale termine, come già precisato dall'Autorità nella Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 a proposito della disciplina previgente, deve essere considerato perentorio, in quanto ogni dilazione ulteriore rispetto a quella consentita dalla legge contrasterebbe con la necessità di un celere svolgimento della procedura di affidamento, che sarebbe irrimediabilmente soggetta all'inerzia dei concorrenti. Una diversa conclusione determinerebbe la violazione della *par condicio* dei concorrenti, andando a premiare il comportamento di chi negligenzemente abbia omesso di allegare la documentazione richiesta, anche a seguito di soccorso istruttorio, a scapito di quegli operatori che, invece, hanno presentato una documentazione completa e regolare o che si sono immediatamente conformati alle richieste della stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. IV, 5 maggio 2016 n. 1803).

La possibilità di concedere una proroga è riconosciuta nei casi di obiettiva impossibilità o difficoltà dovute a cause “esterne”, indipendenti dalla volontà del concorrente; nel caso di specie l'istante non ha fornito dimostrazione dell'impedimento obiettivo sottostante alla richiesta di proroga, né ha dato atto del tempestivo impegno per adeguarsi alla richiesta, avendo inviato l'istanza di proroga a ridosso della scadenza prefissata (in questo senso va letta la pronuncia richiamata da parte istante, Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 2017, n. 2036).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Nemmeno può accedersi alla tesi della irragionevolezza del tempo assegnato per la regolarizzazione, posto che lo stesso art. 83 prevede la concedibilità di un termine fino a dieci giorni e che la misura temporale fissata, tenuto conto della tipologia dei documenti mancanti (che richiedono il semplice reperimento di dati su contratti svolti) non presenta incongruità rispetto al dettato normativo (TAR Lazio, Sez. I-ter, 30 marzo 2018, n. 3572);

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- l'operato della stazione appaltante conforme alla normativa di settore

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 settembre 2018

Il Segretario Maria Esposito