

Parere n.91 del 19/05/2011

PREC 283/10/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 società cooperativa sociale SIRIO - (gestione servizio sociale professionale e servizio spazio protetto a supporto dell'analogo servizio comunale) - Importo a base d'asta € 404.870,00 - S.A.: Comune di Barcellona Pozzo di Gotto.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 9 novembre 2010 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale la società cooperativa sociale SIRIO ha chiesto un parere in merito alla legittimità del bando di gara indetto dal Comune di Barcellona Pozzo di Gotto, e redatto, secondo l'istante, in modo difforme alla normativa vigente. In particolare, il bando sarebbe illegittimo in quanto:

1. limita la partecipazione degli operatori economici del settore perché non consente a tutte le cooperative sociali di partecipare alla selezione. Tra i requisiti di partecipazione, infatti, il bando richiede l'iscrizione ad una qualunque sezione dell'Albo Regionale ex art. 26 della L.R. n. 22/86;
2. non prevede i costi inerenti alla sicurezza;
3. consente di offrire un ribasso sull'intero importo dell'appalto, non distinguendo gli oneri del personale, da considerare incompressibili;
4. non prevede l'adeguamento dei costi.

A riscontro della istruttoria procedimentale avviata formalmente dall'Autorità in data 13.12.2010, il Comune di Barcellona Pozzo di Gotto, con nota pervenuta il 10 gennaio 2011, ha rilevato che:

a) l'allegato 1 relativo all'offerta economica prevede che nel formulare l'offerta i concorrenti debbano tener conto del costo del lavoro come determinato dal C.C.N.L. per i lavoratori delle cooperative sociali del settore socio-assistenziale, fatte salve "eventuali agevolazioni previste dalla legge n. 407/90", nonché dei costi relativi alla sicurezza; pertanto, devono essere garantiti sia il costo del lavoro, sia i costi sulla sicurezza, di cui le ditte partecipanti alla gara devono tenere conto nel formulare l'offerta economica; tale prescrizione garantisce anche che, nel formulare l'offerta e proporre il ribasso, gli operatori economici debbano tenere conto del costo del personale previsto dal contratto di categoria;

b) l'adeguamento ISTAT diventa operante soltanto se la rivalutazione monetaria conseguente all'indicizzazione ISTAT incide sull'incremento dei prezzi, giusta quanto stabilito dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 13892 del 15/01/2009; pertanto, non essendo nota, allo stato attuale, tale previsione, nessun obbligo incombe in capo all'Ente comunale di prevedere nel bando tale clausola; tuttavia, se dopo la definizione della procedura di gara e nel corso d'espletamento del servizio dovessero verificarsi le condizioni, l'Ente comunale, sulla scorta della citata sentenza della Corte di Cassazione, provvederà all'adeguamento ISTAT;

c) l'Ufficio di Servizio Sociale Professionale è previsto dall'art. 5 della legge regionale n. 22/86 e la circostanza che l'iscrizione all'albo non preveda tale sezione e la tipologia del servizio, non preclude che, trattandosi di un servizio importante e qualificato, si possa preferire e pretendere una specializzazione ed una prova di accreditamento nel settore dei Servizi Sociali. Qualificazione che si ritiene garantita con l'iscrizione ad una qualsiasi sezione dell'albo, giacché si tratta di enti socio-assistenziali costituiti per svolgere servizi sociali controllati, che hanno scelto di lavorare in convenzione con enti pubblici e che sicuramente, per qualsiasi tipologia di servizi, dispongono stabilmente della figura professionale che necessita nella fattispecie. Peraltro, ai sensi ed effetti dell'art. 26 della L.R. n. 22/1986, l'iscrizione all'albo è preordinata alla stipula, da parte delle istituzioni iscritte, delle convenzioni con i Comuni singoli o associati (cfr. all. 2 del bando di gara).

Ritenuto in diritto

La questione all'esame riguarda la presunta illegittimità del bando di gara indetto dal Comune di Barcellona Pozzo di Gotto in quanto redatto in difformità alla normativa vigente.

Ai fini della definizione della suddetta questione, va, preliminarmente, osservato che il bando di gara prevede che possano partecipare alla selezione solo " *gli enti iscritti ad una qualunque sezione dell'Albo Regionale ex art. 26 della L.R. n. 22/86.* " (cfr. pag. 3 Requisiti di partecipazione).

Al riguardo va considerato che la stazione appaltante vanta un apprezzabile margine di discrezionalità nel chiedere requisiti ulteriori e più severi rispetto a quelli previsti dalla legge, 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).

Nella fattispecie, deve ritenersi che la clausola indicata - pur a voler prescindere dal fatto che l'Albo regionale indicato sia privo di una specifica sezione o categoria relativa alla tipologia di servizio da appaltare (circostanza non contestata dalla Stazione appaltante) - risulta sproporzionata e incongruente rispetto alle esigenze sottese all'espletamento della gara in questione e, quindi, in contrasto con la normativa vigente e con i principi di massima partecipazione e concorrenza perché non consente alle cooperative sociali iscritte nell'Albo nazionale tenuto presso il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale di partecipare alla selezione.

Il bando di gara appare anche censurabile nella parte in cui non prevede e quantifica i costi inerenti alla sicurezza, non detta specifiche prescrizioni in ordine al ribasso, e non prevede l'adeguamento ISTAT.

Al riguardo, in assenza di specifiche prescrizioni contenute nella *lex specialis*, non appare sufficiente il generico richiamo (evidenziato dalla stazione appaltante nella nota pervenuta il 10 gennaio 2011) agli allegati al bando che stabiliscono che gli operatori economici devono formulare l'offerta tenendo conto dei costi relativi alla sicurezza e del costo del lavoro come determinato dal C.C.N.L. per i lavoratori delle cooperative sociali del settore socio-assistenziale. Né appare corretto affermare, alla luce di quanto stabilito dall'art. 115 del D.Lgs. n. 163/2006 ed in assenza (anche sotto questo profilo) di specifiche indicazioni, che si terrà conto dell'aumento ISTAT se e quando si verificheranno circostanze del genere, se si considera che la *lex specialis* prevede che " *i prezzi rimarranno invariati per tutta la durata del contratto* " (cfr. pag. 1 del bando di gara).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le clausole del bando di gara relative ai requisiti di partecipazione, ai costi della sicurezza, al ribasso e all'adeguamento dei prezzi, non rispettino il principio di massima concorrenza e partecipazione e non siano conformi alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2011

Il Segretario: Maria Esposito