

Parere n.180 del 6/11/2013

PREC 94/13/L

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalla Società Europea Costruzioni sas e dall'Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale "A. Cardarelli" di Napoli - "Servizio trasporti, facchinaggio pesante, manodopera di fatica per trasporti interni, movimentazioni varie con utilizzo di attrezzature e automezzi necessari, da effettuarsi tra i dipartimenti e i reparti dell'A.O.R.N.A. Cardarelli" - Importo a base d'asta € 190.000,00; S.A.: Servizio Sanitario Nazionale Regione Campania - Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale "A. Cardarelli" di Napoli.

Art. 41 e 42 D.Lgs. n.163/2006, artt. 327 e 340 DPR n. 207/2010 - Requisiti di capacità economica e finanziaria e requisiti di capacità tecnica e professionale.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 26.03.2013 e in data 30.04.2013 sono pervenute le istanze in epigrafe relative alla procedura in oggetto indicata.

La società Europa Costruzioni sas ha dedotto che:

- a. Nel Disciplinare di gara, clausola C - Requisiti di capacità economica e finanziaria, è prescritto che il concorrente debba "avere conseguito un fatturato globale d'impresa, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando (2009-2010-2011), pari ad almeno dieci volte l'importo a base di gara, di cui almeno il 10% per attività di trasporto conto terzi", con conseguente illogica sproporzione;
- b. La clausola 2.2.1. - Criteri di valutazione dell'offerta - A) Punteggio Tecnico - Tabella 1 -sono prescritti i criteri con i relativi punteggi riguardanti l'offerta tecnica. Nel sommare i suddetti punteggi si ottiene un punteggio tecnico totale pari a 70 punti, quindi superiore al punteggio tecnico stabilito che è di 60 punti;
- c. La Stazione appaltante, nella stessa clausola 2.2.1 del Disciplinare, ha illegittimamente richiesto per l'aggiudicazione il requisito delle esperienze simili maturate nel corso del triennio: "Aver gestito un appalto di trasporto cose conto terzi in almeno un anno nel triennio 2009-2011...punti 5; ...Aver gestito un appalto di facchinaggio in almeno un anno del triennio 2009-2011...punti 5; in spregio alla distinzione tra criteri di idoneità, ovvero di selezione dell'offerente, e criteri di aggiudicazione e quindi di selezione dell'offerta.
- d. Nella clausola D - Requisiti di capacità tecnica e professionale, è prescritto che il concorrente debba dichiarare l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto, conformemente all'art. 7 del Capitolato Speciale d'Appalto, articolo che in realtà non è presente nel suddetto Capitolato.

L'Azienda Ospedaliera "A. Cardarelli" di Napoli ha chiarito che:

1. Il requisito di capacità economica e finanziaria relativo al fatturato globale è stato posto, nella misura contestata, con l'intento di garantire la selezione di soggetti particolarmente qualificati, "posto che i medesimi possono essere chiamati a trasportare anche apparecchiature di diagnostica di particolare valore e pregio tecnologico";
2. Per ciò che concerne il requisito di capacità tecnica e professionale il riferimento all'art.7 è un mero refuso, mentre è corretto il richiamo al Capitolato Speciale d'Appalto;
3. Non si rileva alcuna commistione tra criteri di qualificazione e criteri di valutazione, atteso che nell'elaborazione degli atti di gara si è inteso attribuire valenza premiante all'attestazione relativa alla gestione di un servizio "trasporto cose conto terzi" e/o "facchinaggio".

La società Europa Costruzioni sas e l'Azienda Ospedaliera "A. Cardarelli" di Napoli sono stati formalmente avvisati dell'istruttoria con nota di questa Autorità prot. n. 46064 del 16.05.2013.

Ritenuto in diritto

I quesiti sottoposti all'Autorità riguardano l'affidamento del "Servizio trasporti, facchinaggio pesante, manodopera di fatica per trasporti interni, movimentazioni varie con utilizzo di attrezzature e automezzi necessari, da effettuarsi tra i dipartimenti e i reparti dell'A.O.R.N.A. Cardarelli" ed, in particolare, la legittimità o meno del bando di gara con riguardo ai seguenti profili relativi a talune clausole in esso contenute.

Più precisamente, con riferimento al quesito di cui al punto a) non si ritiene legittima la previsione, quale requisito di capacità economica e finanziaria, di "avere conseguito un fatturato globale d'impresa, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando (2009-2010-2011), pari ad almeno dieci volte l'importo a base di gara, di cui almeno il 10% per attività di trasporto conto terzi", per le considerazioni che di seguito si espongono.

Si richiama innanzitutto il precedente parere n. 76 del 21.04.2011 di questa Autorità in cui si è

evidenziato che un consolidato orientamento giurisprudenziale riconosce alla S.A. un apprezzabile margine di discrezionalità nel richiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli stabiliti dalla legge (artt. 41 e 42 D.Lgs. n.163/2006), con il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza (Consiglio di Stato, sez. VI, 23.07.2008, n.3665; sez. V, 2.02.2009 n. 525).

Pertanto, l'adeguatezza e proporzionalità dei requisiti richiesti dal bando vanno valutate con riguardo non al mero importo dell'appalto, ma al suo oggetto ed alle sue specifiche peculiarità, sicché se è vero che la richiasta di un determinato fatturato pregresso per servizi identici a quello oggetto di gara va commisurata al concreto interesse della stazione appaltante a una certa affidabilità del proprio interlocutore contrattuale, avuto riguardo alle prestazioni oggetto di affidamento, è vero anche che la previsione di detti requisiti di ammissione alla gara - rientrando nella sfera di discrezionalità dell'amministrazione non deve però tradursi in un'indebita limitazione dell'accesso delle imprese interessate presenti sul mercato (TAR Liguria, sez. II, sentenza n. 1238 del 27 maggio 2009).

In sostanza, è necessario che la discrezionalità della Stazione appaltante nella fissazione dei requisiti sia esercitata in modo tale da non correre il rischio di restringere in modo ingiustificato lo spettro dei potenziali concorrenti o di realizzare effetti discriminatori tra gli stessi, in linea con quanto stabilito dall'art. 44, par. 2 della direttiva 2004/18/CE.

Nel caso di specie, la richiesta di un fatturato globale pari ad almeno dieci volte l'importo a base di gara, appare esorbitante e, pertanto, non proporzionato né giustificabile per le ragioni prospettate dalla S.A.

Per quanto concerne il quesito di cui al punto b), riguardante la clausola 2.2.1. - Criteri di valutazione dell'offerta - A) Punteggio Tecnico - Tabella 1, nella previsione del Disciplinare si riscontra una erronea indicazione dei punteggi massimi riportati in tabella, in quanto dalla somma degli stessi si ottiene un punteggio totale pari a 70 punti, quindi superiore al punteggio tecnico totale stabilito che è di 60 punti.

Con riferimento al quesito di cui al punto c), riguardante il requisito, richiesto nella stessa clausola 2.2.1., delle esperienze simili maturate nel corso del triennio: "Aver gestito un appalto di trasporto cose conto terzi in almeno un anno nel triennio 2009-2011...punti 5; ... Aver gestito un appalto di facchinaggio in almeno un anno del triennio 2009-2011...punti 5", si ritiene illegittima la previsione dello stesso quale "criterio di valutazione dell'offerta".

Ed invero, il requisito è riconducibile alla capacità tecnica e professionale di cui all'art. 42 del Codice dei Contratti e, dunque, alla precedente fase di qualificazione del concorrente.

A tale proposito si rammenta come le Stazioni appaltanti siano chiamate a rispettare il divieto di commistione tra i requisiti di partecipazione e i criteri di valutazione/aggiudicazione, divieto espresso dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha più volte evidenziato la necessità di operare una adeguata separazione tra la fase di selezione dell'offerente, da effettuare tramite criteri di idoneità o requisiti di partecipazione, e la fase di selezione dell'offerta, da operare tramite i criteri di aggiudicazione (Corte di Giustizia, 24 gennaio 2008, C.532/06; 19 giugno 2003, C-315/01).

In particolare, la Corte di Giustizia ha riconosciuto che gli elementi attinenti all'esperienza o alla qualificazione professionale e, in generale, alla capacità tecnica, economica o finanziaria del prestatore, possono essere utilizzati unicamente ai fini della selezione dei concorrenti, in quanto relativi alla capacità dello stesso prestatore di eseguire i servizi oggetto dell'appalto.

Al contrario, l'offerta deve essere valutata in base a criteri che hanno una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che servono a misurarne il valore escludendo, per l'effetto, che si possa fare riferimento alle qualità soggettive dell'offerente.

Anche il Consiglio di Stato si è espresso in tal senso (*ex multis*, cfr. sentenze nn.1446/2006; 1434/2005).

Per quanto riguarda il quesito di cui al punto d), concernente la clausola D - Requisiti di capacità tecnica e professionale, in cui è prescritto " dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto, conformemente all'art. 7 del Capitolato Speciale d'Appalto", deve intendersi erroneo il richiamo operato all'art. 7, presumibilmente per un refuso, non essendo previsto nel suddetto Capitolato, nel quale non si riscontra una specifica previsione al riguardo.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

che le previsioni del Disciplinare di gara sopra indicate siano illegittime.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 novembre 2013

Il Segretario Maria Esposito