

## **Parere n. 114 del 16/06/2010**

### **Protocollo 18/10/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 Alphabet Società Cooperativa - Affidamento dei servizi socio-assistenziali, di pulizia, lavanderia ed altri servizi di supporto presso la residenza protetta anziani "Beato Sante". Periodo 01.01.2010-31.12.2010 - Importo a base d'asta: € 1.806.908,43 - S.A.: Comune di Mombaroccio.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 10 dicembre 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Alphabet Società Cooperativa ha chiesto all'Autorità di esprimere il proprio avviso in merito alla procedura aperta relativa all'appalto di servizi indicato in oggetto.

Al riguardo, la cooperativa istante ha rappresentato che il bando di gara prevede la dimostrazione dei requisiti di cui all'art. 42, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 163/2006, per il tramite di certificazioni rilasciate dagli Enti, riportanti valutazioni non inferiori ad "abbastanza elevata" e che tale requisito non è previsto dalla richiamata disposizione del Codice dei contratti pubblici. Inoltre, l'istante ha rilevato che il bando di gara preclude la possibilità di attestare la capacità tecnica e professionale, di cui al citato articolo 42, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006, inerente i servizi prestati nei confronti di privati.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con nota pervenuta il 12 febbraio 2010 il Comune di Mombaroccio ha trasmesso la determinazione del Responsabile del Settore Economico/Giuridico/Socio Educativo n. 19 del 9 febbraio 2010, con la quale: - è stato confermato quanto stabilito con il bando di gara per l'affidamento dei servizi in oggetto; - la valutazione dei servizi svolti non inferiore ad "abbastanza elevata", data la particolarità del servizio prestato ad anziani non autosufficienti, è stata considerata una garanzia per le aspettative di capacità tecnica e professionalità previste dal Codice dei contratti pubblici; - si è ritenuto che il bando di gara, così come formulato, non preclude la possibilità di attestare la capacità tecnica e professionale, di cui all'art. 42, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006, in relazione ai servizi prestati nei confronti di privati.

### **Ritenuto in diritto**

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, occorre preliminarmente osservare che il bando di gara, al punto III.4), tra i requisiti di capacità tecnica e professionale, prevede quanto segue: *"Aver svolto nello stesso triennio 2006-2007-2008 interventi e servizi identici a quelli oggetto di gara, in favore di soggetti pubblici, con fatturato non inferiore a quello posto a base di gara (da dichiarare). L'elenco dei servizi svolti dovrà essere corredato dalle relative certificazioni rilasciate dagli stessi committenti, riportanti una valutazione non inferiore*

*ad 'abbastanza elevata'. Non verranno considerati servizi resi per periodo inferiore a quindici giorni."*

L'esame della congruità e ragionevolezza di tale requisito va condotto richiamando 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 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 economico - 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, Sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7139).

Per quanto concerne, in particolare, i requisiti di capacità tecnica, la Corte di Giustizia europea ha affermato l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante che impone mezzi di prova diversi da quelli contemplati dalla disciplina comunitaria al fine di dimostrare il possesso dei requisiti (CGCE 17 novembre 1993, causa n. C-71/92). Tuttavia, è ammissibile fissare nel bando di gara requisiti (non tipologicamente ulteriori, ma) più stringenti sul piano quantitativo rispetto a quelli previsti nell'elencazione legislativa (Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2006, n. 1878), purché siano rispettati i citati limiti della ragionevolezza e della proporzionalità. 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 secondo il quale i livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto stesso.

In relazione al caso di specie, quindi, l'esame dell'operato dell'Amministrazione deve essere condotto tenendo conto del particolare oggetto dell'appalto da affidare: servizi socio assistenziali di pulizia, lavanderia ed altri servizi di supporto presso la residenza protetta anziani "Beato Sante", periodo 1.1.2010 – 31.12.2012.

L'art. 42 del D.Lgs. n. 163/06 impone di dimostrare le capacità tecniche dell'operatore economico *"a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi"*.

Il comma 1, lettera a) del citato articolo 42, stabilisce che la capacità tecnica può essere dimostrata con la presentazione dell'elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi (se trattasi di servizi e forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente). Il comma 2 del medesimo art. 42

impone alla stazione appaltante di precisare nel bando di gara o nella lettera d'invito, quali dei suindicati documenti e requisiti devono essere presentati o dimostrati.

Alla luce di tale disciplina e delle considerazioni sopra espresse, il requisito in esame, così come formulato nel bando di gara, deve ritenersi non in linea con quanto stabilito dalla norma richiamata per l'assorbente motivo che induce a limitare l'esame del possesso dei requisiti prendendo in considerazione soltanto i "soggetti pubblici" in favore dei quali i concorrenti hanno prestato servizi nel triennio 2006-2008, e non anche i soggetti privati.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il requisito di cui al punto III.4) del bando di gara, così come formulato, sia in contrasto con l'art. 42, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 163/2006.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente.: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 giugno 2010