

Parere n. 151 del 17/12/2009

Protocollo PREC 372/08/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Impresa Sociale Baby School 100 – Realizzazione, concessione e gestione di un asilo nido aziendale – Importo a base d'asta €406.813,00 – S.A.: Azienda Ospedaliera BROTZU ASL 8 di Cagliari

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 settembre 2008, è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'Impresa Sociale Baby School 100 lamenta l'illegittimità della procedura di gara, avente ad oggetto la realizzazione, concessione e gestione di un asilo nido aziendale, nella parte in cui prevede, al punto 7 lettera D (rectius C) "Documentazione tecnica" del Disciplinare di gara, in particolare rispetto al progetto tecnico di attuazione, organizzazione e gestione del servizio, di riportare l'elenco delle esperienze analoghe a quelle oggetto dell'appalto (asili nido aziendali) maturate nel settore servizi educativi per la prima infanzia negli ultimi 3 anni, attribuendo nell'art. 7 del Capitolato speciale, recante "criteri di aggiudicazione dell'appalto", un massimo di 10 punti per l'esperienza maturata nel settore educativo ed in particolare 2 punti per ogni esperienza analoga (asilo nido aziendale).

Ritiene l'impresa istante che il richiamato elemento soggettivo, relativo al curriculum del concorrente, sarebbe stato impropriamente inserito nel progetto tecnico e che ingiustamente sarebbero stati destinati a tale requisito 10 dei 55 punti complessivamente riconosciuti al progetto stesso. L'aggettivo "aziendale", peraltro, assume l'istante, non varrebbe a qualificare il tipo di servizio ed introdurrebbe invece una discriminazione tra i concorrenti.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, l'Azienda Ospedaliera BROTZU ha precisato che il criterio relativo alla pregressa esperienza nel settore educativo sarebbe stato valutato in modo marginale per l'attribuzione del punteggio di qualità (10 punti max su 70 disponibili) e che nessun operatore economico sarebbe stato discriminato, in quanto il mancato possesso di tale esperienza non avrebbe precluso in alcun modo la possibilità di partecipare alla gara.

Inoltre, il requisito specifico dell'asilo nido "aziendale" sarebbe particolarmente rilevante in quanto, a differenza degli asili nido "territoriali", che seguono il calendario scolastico, quello oggetto dell'appalto dovrebbe rispondere alle esigenze peculiari proprie di un'azienda con un ciclo produttivo che non conosce soluzione di continuità nell'arco dell'anno e quindi richiederebbe una presenza costante del personale addetto.

Infine, la stazione appaltante sottolinea che l'impresa istante si sarebbe classificata quarta ed ultima, distanziandosi dalla prima in graduatoria di 40,65 punti e che anche tra la seconda e la prima classificata vi sarebbe un divario di 26,30 punti, con conseguente irrilevanza, ai fini della graduatoria finale, dell'attribuzione o meno dei 10 punti per le pregresse esperienze analoghe.

Ritenuto in diritto

Costituisce ormai principio consolidato quello secondo il quale l'amministrazione non può operare una illegittima commistione tra i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta. Come più volte affermato da questa Autorità, detta commistione si pone infatti in contrasto sia con la normativa comunitaria, sia con la normativa nazionale di riferimento che pongono una chiara distinzione tra i criteri di ammissione e quelli di aggiudicazione (deliberazioni n. 30/2007, n. 183/2007, n. 185/2007 e n. 197/2007; pareri n. 37/2008, n. 92/2008 e n. 124/2008).

In particolare, la Corte di giustizia delle Comunità europee, con la sentenza del 24 gennaio 2008, causa C-532/06, ha chiarito che, se la normativa comunitaria non esclude, in teoria, che l'accertamento dell'idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto possano avvenire contemporaneamente, ciò nondimeno tali operazioni costituiscono due verifiche distinte e sono disciplinate da norme diverse. L'accertamento dell'idoneità degli offerenti viene effettuato dalle amministrazioni appaltanti in conformità ai criteri di idoneità economica, finanziaria e tecnica (c.d. criteri di selezione qualitativa, artt. 45-52 della direttiva 2004/18/CE); per contro, l'aggiudicazione dell'appalto si fonda sul prezzo più basso o, in caso di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come nel caso di specie, su una pluralità di criteri di valutazione pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto quali, a titolo esemplificativo: la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo di utilizzazione, la redditività, l'assistenza tecnica, il termine di consegna o di esecuzione (c.d. criteri di aggiudicazione dell'appalto, art. 53 della direttiva 2004/18/CE).

In proposito, la Corte di giustizia, nella predetta sentenza, ai punti 29-32, ha affermato che, se in quest'ultimo caso i criteri che possono essere applicati dalle amministrazioni aggiudicatrici non sono elencati in maniera tassativa dall'art. 36, n. 1 della direttiva 92/50/CEE (ora art. 53 della direttiva 2004/18/CE), lasciando quindi alle stazioni appaltanti la scelta dei criteri che intendono adottare per l'aggiudicazione, tuttavia tale scelta può riguardare soltanto i criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa mentre sono esclusi come "criteri di aggiudicazione" quelli diretti alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto, come l'esperienza, le qualifiche e i mezzi che possono garantirne la corretta realizzazione. La Corte di giustizia ha quindi concluso nel senso che la normativa comunitaria osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione appaltante tenga conto dell'esperienza degli offerenti, del loro personale e delle loro attrezzature nonché della capacità dei medesimi di effettuare l'appalto entro il termine previsto non come "criteri di selezione qualitativa" ma come "criteri di aggiudicazione".

Coerentemente, la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento delle Politiche Comunitarie, del 1 marzo 2007, recante "Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi", invocata dall'impresa istante nella nota pervenuta il 30 dicembre 2008, ha evidenziato 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 e non possono essere invece presi in considerazione nel momento della valutazione dell'offerta.

Nel caso di specie, l'attribuzione di uno specifico punteggio in sede di aggiudicazione per le pregresse esperienze analoghe nel campo degli asili nido aziendali nell'ultimo triennio, a prescindere dall'ulteriore specificazione dell'esperienza nel settore "aziendale", appare contrastare con i richiamati principi, in quanto tali elementi attengono direttamente all'offerente e non al merito tecnico dell'offerta e, dunque, possono essere assunti a requisiti di prequalificazione delle imprese ai fini della partecipazione alla gara, ma non possono essere valutati ai fini dell'aggiudicazione del servizio.

Né appare rilevante il limitato punteggio attribuito alle esperienze pregresse rispetto al punteggio complessivo per la valutazione dell'offerta, atteso che il divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi per l'aggiudicazione prescinde dall'incidenza che un determinato criterio può assumere nella scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Nel citato parere del 20 aprile 2008, n. 92, questa Autorità, nel ritenere illegittimo l'operato della stazione appaltante, si è occupata proprio di una fattispecie in cui l'espletamento di servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto era stato inserito nella lettera d'invito quale requisito di partecipazione alla procedura e, contestualmente, il medesimo requisito era stato indicato ai fini della valutazione dell'offerta, con l'attribuzione di un punteggio marginale rispetto alla voce prezzo, alla quale era stato attribuito un peso ben più rilevante.

Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, 29 aprile 2009, n. 2716; id., 20 marzo 2006, n. 1446) ha ribadito l'illegittimità dell'inserimento, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, di un requisito, quale quello delle esperienze simili già maturate nello stesso specifico settore, il quale è indubbiamente un criterio soggettivo per l'individuazione della capacità tecnica richiesta ai concorrenti in sede di prequalificazione, proprio per l'accertamento soggettivo della loro capacità di partecipazione alla gara. Né rileva in contrario che le caratteristiche specifiche dell'attività oggetto della procedura avrebbero giustificato e legittimato il riferimento a dette esperienze ai fini della valutazione dell'offerta, stante la chiara *ratio* della normativa comunitaria e nazionale che non consente alcuna deroga alla netta distinzione tra i due tipi di requisiti, né alcuna conseguente commistione tra i due gruppi di criteri, tra loro incompatibili, tale da compromettere la *par condicio* tra i concorrenti.

Deve pertanto concludersi per la non conformità dell'operato della stazione appaltante alla normativa di settore.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il criterio per la valutazione dell'offerta per l'aggiudicazione della gara in questione, relativo alle esperienze analoghe a quelle oggetto dell'appalto (asili nido aziendali), è da considerarsi requisito soggettivo di partecipazione alla gara e che, pertanto, l'operato della stazione appaltante non è conforme alla normativa di settore nella misura in cui realizza una indebita commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 gennaio 2010