

Parere n. 77 del 15/04/2010

Protocollo PREC 7/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006, presentata dall'impresa Data Line Campania S.r.l. - Servizio di contabilità stipendi dei dipendenti del Comune di Palma Campania e attività connesse - Importo a base d'asta € 20,00 per ciascun cedolino emesso - S.A.: Comune di Palma Campania.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 23 novembre 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Data Line Campania S.r.l., esclusa dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio in oggetto, ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere in merito all'asserita illegittimità del relativo bando nelle parti in cui: 1) preclude la partecipazione dei professionisti iscritti agli ordini dei consulenti del lavoro, agli albi degli avvocati e procuratori legali, dei dottori commercialisti e ragionieri e periti commerciali, stabilendo al punto 14, lett. a), a pena di esclusione, la partecipazione alla procedura solo per coloro che siano iscritti al registro delle imprese presso la C.C.I.A.A., in contrasto con quanto previsto dall'art. 39, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 e dalla legge n. 12/1979; 2) preclude, al punto 14) lett. d), la partecipazione a soggetti che non abbiano un fatturato, per servizi identici a quello oggetto dell'appalto, almeno pari a € 500.000/00 Iva esclusa eseguiti nel triennio 2006-2007-2008, a fronte di un corrispettivo a base d'asta di € 20,00 oltre iva per ogni cedolino, in contrasto con quanto stabilito dagli artt. 41, 42 e 43, del D.Lgs. n. 163/2006 e con il principio di concorrenza; 3) preclude, al punto 14) lett. e), la partecipazione a soggetti che, al momento della partecipazione alla procedura, abbiano in corso, da almeno un triennio, il servizio in appalto in meno di 10 Comuni, di cui almeno cinque con popolazione superiore a 10.000 abitanti, in contrasto con quanto stabilito dagli artt. 41, 42 e 43, del D.Lgs. n. 163/2006 e con il principio di concorrenza.

Con successive note del 14 dicembre 2009 e dell'8 febbraio 2010, la Data Line Campania S.r.l. ha trasmesso il verbale in data 10 dicembre 2009, da cui risulta che l'appalto è stato aggiudicato in favore della A.G.S. di Cremascoli Italo & C. S.n.c. (con un ribasso del 54,11%, per un canone annuo pari a euro 7.994,04), insistendo nell'istanza precedentemente presentata.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il 29 gennaio ed il 4 febbraio 2010 sono, rispettivamente, pervenute le note del Comune di Palma Campania e della controinteressata aggiudicataria A.G.S. di Cremascoli Italo & C. S.n.c.

L'Amministrazione ha rilevato che i soggetti ammessi a partecipare alla procedura aperta, così come riportato al punto 7) del bando, sono stati quelli previsti per legge, indicati all'art. 34 del Codice dei contratti pubblici, senza preclusione alcuna e che il fatturato richiesto ai concorrenti, a dimostrazione del requisito di capacità economico-finanziaria, di cui all'art. 14, punto d), del bando di gara (euro 500.000,00, iva esclusa) è stato fissato per garantire il Comune sulla professionalità,

competenza ed esperienza dei soggetti partecipanti. Ciò vale anche in relazione ai servizi analoghi richiesti, in corso od effettuati, in almeno dieci Comuni, di cui perlomeno cinque con popolazione superiore a 10.000 abitanti, peraltro anche il precedente bando di gara del 2004, avverso il quale non sono state presentate osservazioni od opposizioni, richiedeva gli stessi requisiti, con la sola eccezione del fatturato reso nel triennio antecedente, allora stabilito in euro 350.000,00, iva esclusa.

La controinteressata aggiudicataria A.G.S. di Cremascoli Italo & C. S.n.c., invece, con la nota sopra indicata, ha evidenziato che il preteso conflitto tra le prescrizioni di gara e le disposizioni di cui alla legge n. 12/1979 risulta meramente apparente laddove la *lex specialis* sia correttamente interpretata alla luce delle norme che regolamentano la consulenza in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti, considerando quanto specificato dalla circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 4 giugno 2007, in relazione alle disposizioni di cui al DL. n. 10/2007, convertito dalla legge n. 46/2007, di modifica del previgente art. 1, comma 5, della legge n. 12/1979, con conseguente possibilità per le imprese di avvalersi per lo svolgimento delle operazioni di calcolo e stampa relative agli adempimenti in materia di amministrazione e gestione del personale, nonché per l'esecuzione delle attività strumentali ed accessorie, di Centri di Elaborazione Dati (CED), in ogni caso assistiti da uno o più professionisti iscritti agli albi professionali. Quanto ai contestati requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica, l'aggiudicataria ha evidenziato che è consentito all'Amministrazione prevedere requisiti di partecipazione più rigorosi di quelli indicati dalla legge, purché, come nella fattispecie, non risultino discriminanti o abnormi.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, occorre, preliminarmente, osservare che la Data Line Campania S.r.l. è stata esclusa dalla gara per non aver dimostrato i requisiti di capacità economico-finanziaria e i requisiti di capacità tecnica secondo quanto richiesto ai punti 14, lett. d) e 14 lett. e) del bando di gara (come si evince dal verbale di gara del 10 dicembre 2009), sicché risulta infondata la prima delle doglianze proposte dall'istante (sopra rubricata sub 1).

Passando a considerare le altre censure (sub 2 e 3), va rilevato che il bando ai fini dell'ammissione alla gara, impone all'operatore economico di dichiarare: - in relazione ai requisiti di capacità economico-finanziaria, che l'importo globale del fatturato per servizi identici a quelli oggetto di appalto, nel triennio 2006-2007-2008, è stato di almeno € 500.000,00 iva esclusa (punto 14, lett. d); - in relazione ai requisiti di capacità tecnica, l'elenco dei principali servizi identici a quello oggetto di gara, in corso di esecuzione, di durata almeno triennale, svolto in completa esternalizzazione, precisando che il numero dei Comuni in cui sono stati eseguiti i predetti servizi non è inferiore a dieci, di cui almeno cinque con popolazione superiore a 10.000 abitanti (punto 14, lett. e).

Al riguardo va richiamata la disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici in tema di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale dei prestatori di servizi, tenendo conto degli aspetti di fatto oggetto dell'istanza di parere.

L'art. 41, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 stabilisce come fornire dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria, mentre 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 e forniture eseguiti negli ultimi tre anni, con le indicazioni degli importi e degli altri dati rilevanti (lett. a).

La stazione appaltante vanta un apprezzabile margine di discrezionalità nel chiedere requisiti di capacità economica, 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, 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 va condotto tenendo conto dell'oggetto dell'appalto da affidare: predisposizione del cedolino mensile dello stipendio dei dipendenti comunali; gestione paghe e contributi; predisposizione prospetti e modelli F24 EP, F24, TFR1, ecc.; predisposizione distinte e mandati di pagamento; predisposizione CUD. Mod. 770 e denunce INPDAP e INAIL; determinazione assegni e compensi vari; predisposizione allegati al bilancio, tabulati mensili, conto annuale e statistiche.

Ciò posto, va considerata, in primo luogo, la discutibile formulazione del requisito ai sensi del quale viene richiesta l'attestazione di aver svolto servizi "identici", anziché "analoghi" a quelli oggetto d'appalto, avuto riguardo all'attuale disciplina di cui agli artt. 41 e 42 del D.Lgs. 163/2006, il cui dettato si caratterizza per porsi nel senso di una maggiore concorrenzialità ed accesso al mercato.

Per quanto concerne, poi, i requisiti di capacità economico - finanziaria, alla luce di quanto sopra rilevato, a fronte di un corrispettivo a base d'asta di € 20/00 oltre iva per ogni cedolino, appare sproporzionato quanto stabilito al punto 14) lett. d), del bando di gara, il quale preclude la partecipazione a soggetti che non abbiano dimostrato di aver fatturato, per servizi identici, un importo almeno pari a € 500.000,00 iva esclusa, nel triennio 2006-2007-2008.

Infatti, la prescrizione di gara si pone in relazione ad un valore presunto dell'appalto desumibile dal (non contestato) numero dei dipendenti del Comune di Palma Campania (pari a 67) e, quindi, ad un corrispettivo (di € 20,00 oltre iva per ogni cedolino) che moltiplicato per tredici mensilità dà un risultato pari a € 17.420,00 oltre iva, che moltiplicato per 5 anni fornisce il risultato di € 87.100,00 oltre iva, a fronte della prescrizione della *lex specialis* che impone di dimostrare di aver fatturato un importo non inferiore a € 500.000,00 iva esclusa nel triennio 2006-2007-2008 per servizi identici.

Lo stesso difetto di proporzionalità si riscontra per quanto concerne i requisiti di capacità tecnica richiesti al punto 14) lett. e) del bando di gara, il quale preclude la partecipazione a soggetti che, al momento della partecipazione alla procedura, non abbiano in corso, da almeno un triennio, un identico servizio in almeno 10 Comuni, di cui almeno cinque con popolazione superiore a 10.000 abitanti.

Al riguardo, va ricordato che l'art. 42 del D.Lgs. n. 163/2006, al comma 1, 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" e, nella successiva lett. a), stabilisce che la capacità tecnica possa 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). Inoltre, il comma 2 del medesimo articolo 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 e il successivo comma 3 precisa che le informazioni richieste non possono eccedere l'oggetto dell'appalto.

Anche in questo caso, pertanto, il requisito richiesto va rapportato all'oggetto del servizio da affidare e risulta, quindi, in contrasto con il principio di concorrenza prevedere un requisito tanto restrittivo in relazione alle descritte esigenze della stazione appaltante, all'oggetto della gara e all'entità dell'appalto, perché appare non indispensabile pretendere quanto richiesto quale criterio di selezione idoneo a individuare un operatore economico in grado di fornire il servizio descritto, pur essendo consentito richiedere che il concorrente abbia già precedentemente dimostrato le proprie capacità attraverso l'espletamento di servizi analoghi a quello oggetto di gara.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il bando di gara non è conforme alle disposizioni di cui agli artt. 41 e 42 del D.Lgs. n. 163/2006.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2010