

Parere n.201 del 10/11/2011

PREC 155/11/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da ATAP spa – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per gli alunni della scuola d'infanzia nonché delle scuole primarie e secondarie di primo grado del Comune di Prata di Pordenone – Importo a base d'asta euro 1.100.000,00 – S.A.: Comune di Prata di Pordenone

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

La società ATAP spa ha presentato l'istanza di parere in epigrafe indicata, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito al bando di gara pubblicato dal Comune di Prata di Pordenone per l'affidamento quinquennale del servizio di trasporto scolastico.

L'istante ha partecipato alla gara *de qua*, ma è stata esclusa per mancanza del requisito di cui all'art. 6, lett. g) del bando di gara, *“ovvero la proprietà dei mezzi necessari allo svolgimento del servizio con le caratteristiche previste dal Capitolato speciale d'Appalto (tipo “scuolabus” immatricolati per tale uso)”*.

Secondo l'istante i requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dall'art. 6 lett. f) e g) del bando di gara e dall'art. 4 del capitolato speciale sarebbero lesivi dell'interesse pubblico e della concorrenza, in quanto limiterebbero la partecipazione alla gara. In particolare la società censura la disposizione della predetta lettera f) nella parte in cui richiede: *“disponibilità di una autorimessa ad una distanza non superiore a Km 10 dalla sede municipale”* e lettera g), nella parte in cui richiede: *“proprietà dei mezzi necessari allo svolgimento del servizio con le caratteristiche previste dall'art. 4 del capitolato speciale d'appalto”* nonché quest'ultima norma in virtù della quale *“i mezzi dovranno essere di tipo scuolabus immatricolati per tale uso”*.

Secondo la società, la previsione di cui alla lettera f) sarebbe discriminante in quanto avvantaggerebbe il gestore uscente che ha un'autorimessa sita a Km 7,4 dalla sede municipale; la previsione di cui alla successiva lettera g) sarebbe limitativa della concorrenza in quanto non terrebbe conto che in virtù del D.M. 31.1.1997, il servizio in oggetto può essere reso non soltanto da scuolabus ma anche da autobus.

A giudizio dell'istante, infine, anche la richiesta della certificazione di qualità, della certificazione ambientale e delle altre specifiche tecniche sarebbe discriminante nella misura in cui favorirebbe il gestore uscente.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la stazione appaltante ha confermato la legittimità del provvedimento di esclusione e della *lex specialis*.

Quanto al primo, il Comune ha fatto presente che la mancanza del requisito di capacità tecnica e professionale contestato era previsto a pena di esclusione dall'art. 6, lett. g) del bando di gara.

Quanto alla seconda, il Comune ha precisato che *“la distanza di 10 Km va intesa come tempo di percorrenza che normalmente viene impiegato per coprire una distanza di 10 Km, tenuto conto della tipologia del territorio e della sua urbanizzazione”*, e che la tipologia di scuolabus prevista dal citato art. 4 *“rappresenta una scelta di merito calibrata alla particolare tipologia degli utenti del servizio. Il contenuto del successivo art. 4 pertanto si pone in termini strumentali per garantire l'efficienza del servizio, prevedendo criteri e fissando sostanzialmente degli standard di qualità che i mezzi devono possedere”*.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta all'attenzione dell'Autorità attiene alla legittimità della *lex specialis* nella parte in cui regola i requisiti di capacità tecnica e professionale ex art. 6 lett. f) ed g) del bando di gara.

Al riguardo occorre preliminarmente considerare che l'art. 1 del D.M. del 31 gennaio 1997, rubricato *Veicoli da adibire al trasporto scolastico*, stabilisce che il trasporto degli alunni della scuola dell'obbligo può essere effettuato con autobus, minibus, scuolabus, miniscuolabus, immatricolati in uso proprio oppure immatricolati in uso di terzi per il servizio di linea o per il servizio di noleggio con conducente, a titolo di proprietà, usufrutto, patto di riservato dominio, locazione con facoltà di compera (leasing) ovvero con autovetture immatricolate in uso terzi da parte di soggetti muniti di autorizzazione per il servizio di noleggio con conducente

Il Ministero dei trasporti e della navigazione, nell'interpretare la norma in esame ha precisato quanto segue: *“dall'elencazione sopra descritta emerge la possibilità prevista dalla nuova disciplina di estendere le disposizioni inerenti al trasporto scolastico ad ogni categoria di veicoli suscettibili, in base alle loro caratteristiche tecniche, di essere utilizzati per detto trasporto da parte di operatori sia pubblici che privati”* (cfr. Circolare 11.3.1997 n.23).

Ne deriva che la predetta normativa ha ampliato la gamma di veicoli utilizzabili per il trasporto scolastico rispetto a quella indicata nel previgente D.M. trasporti 2.2.1996, il quale disponeva che il servizio in esame poteva essere svolto esclusivamente con scuolabus.

Venendo al caso in esame, si ribadisce, come più volte chiarito da questa Autorità e da giurisprudenza costante, che la stazione appaltante può introdurre nella *lex specialis* requisiti di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica più stringenti rispetto a quelli fissati dal D.Lgs. 163/2006, purché gli stessi non siano manifestamente illogici, irragionevoli e limitativi della concorrenza (cfr. AVCP, parere n. 44 del 25 febbraio 2010; n. 188 del 19 giugno 2008; TAR Lazio, Roma, sez. I, 18 marzo 2009, n. 2790).

La stazione appaltante nel fissare i requisiti censurati con l'istanza in oggetto indicata non ha rispettato i predetti limiti alla propria discrezionalità.

Quanto alla disponibilità di un'autorimessa ad una distanza non superiore a 10 Km dalla sede municipale, si osserva che tale previsione appare del tutto illogica alla luce della giustificazione fornita dalla stazione appaltante. Il Comune afferma, infatti, che: *“la distanza di 10 Km va intesa come tempo di percorrenza che normalmente viene impiegato per coprire una distanza di 10 Km,*

tenuto conto della tipologia del territorio e della sua urbanizzazione”(nota prot. 11559/12440), ma allora non si comprende perché la stazione appaltante abbia chiesto, a pena di esclusione, di dimostrare ai concorrenti la disponibilità di un’autorimessa a distanza di 10 Km dalla sede municipale, e non già di percorrere quella data distanza in un tempo predefinito.

Quanto al requisito di cui all’art. 6 lett. g) del bando di gara e all’art 4 del disciplinare di gara, si osserva che la stazione appaltante ha irragionevolmente ritenuto idonei all’espletamento del servizio indicato in epigrafe esclusivamente i mezzi tipo “scuolabus” con capienza minima di 55 posti a sedere, mentre la normativa in materia considera anche altre tipologie di veicoli, tra cui i mezzi tipo “autobus” posseduti dall’odierno istante. Il Comune di Prata di Pordenone ha giustificato la propria scelta in riferimento alle esigenze della particolare tipologia di utenti del servizio messo a gara, ma, a ben vedere, allo stato della documentazione trasmessa, tali esigenze non appaiono indicate negli atti di gara e neppure risultano esplicitati i motivi per cui la stazione appaltante non ha ritenuto idonei allo svolgimento del servizio in esame gli altri veicoli contemplati dalla normativa di settore.

Le disposizioni in esame, inoltre, risultano limitative della concorrenza, in quanto senza alcun ragionevole motivo attinente alla tutela di un pubblico interesse, impongono requisiti di partecipazione più stringenti di quelli previsti dal legislatore. Tanto è vero che hanno partecipato alla gara solo due concorrenti.

Quanto al possesso della certificazione di qualità, della certificazione ambientale e delle altre specifiche tecniche richieste, si osserva che tra i requisiti di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa il bando di gara all’art. 5 lettera B2) contempla: *“ubicazione della sede legale della ditta o dove l’azienda svolge la sua attività principale con organizzazione di mezzi e personale”* (max punti 5) e alla lettera B4) *“il possesso di certificazione attestante il rispetto di norme di gestione ambientale conforme alle disposizioni di cui all’art. 44 del D.lgs. n. 163/2006”* (max punti 5). Le sopra menzionate previsioni costituiscono erronea applicazione dell’art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto attribuiscono un punteggio rilevante ad elementi che nulla hanno a che vedere con il merito tecnico dell’offerta.

Si osserva, inoltre, che la valutazione della certificazione ambientale, ai fini della determinazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, realizza una commistione fra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell’offerta non consentita né dalla normativa comunitaria né da quella nazionale, che pongono una chiara distinzione fra questi ultimi. Al riguardo l’Autorità ha già precisato che: *“l’accertamento dell'idoneità degli offerenti deve essere effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice in conformità ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli articoli da 47 a 52 della direttiva 2004/18/CE, recepiti dagli artt. 40 e ss. del d.lgs. 163/2006: in questa fase si tiene conto di criteri rivelatori della capacità dell'offerente ad eseguire la prestazione (esperienza, competenza, referenze, lavori già realizzati, risorse disponibili ecc .., che sono certificati, per gli esecutori di lavori pubblici, dall'attestazione SOA). Al contrario, l'offerta deve essere valutata, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (di cui all'art. 53 della direttiva 2004/18/CE, recepito dall'art. 83 d.lgs. 163/2006), alla stregua di criteri quali-quantitativi che hanno una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che servono a misurarne il valore, escludendosi, quindi, la considerazione delle qualità inerenti ai concorrenti”* (AVCP determinazione n. 5 del 21 maggio 2009. Cfr. anche AVCP parere n.183 del 13.6.2007, con cui l’Autorità ha ritenuto non legittima la previsione di un punteggio aggiuntivo da assegnare al concorrente in possesso della certificazione della qualità ambientale. In senso conforme anche parere n.92 del 20.4.2008, Cons. Stato, Sez. V, n. 2147 del 7.4.2009; Cons. Stato, Sez. V, n.1446 del 20.3.2006).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la *lex specialis* non sia conforme ai principi di logicità, ragionevolezza, libera concorrenza, e contrasti con l'art. 83 D.Lgs. 163/2006.

I CONSIGLIERI: Pietro Calandra, Alfredo Meocci

IL PRESIDENTE f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 novembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito