

## **Parere n. 27 del 9 febbraio 2011**

### **PREC 224/10/S**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Eurotrend Assistenza scrl - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione delle attività integrative scolastiche - Importo a base d'asta €1.261.538,47 – S.A.: Comune di Gallarate.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 8 settembre 2010 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe indicata, con la quale la società Eurotrend Assistenza scrl ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla procedura indicata in oggetto. In particolare l'istante lamenta l'illegittimità dell'ammissione della società Primavera scpa, risultata successivamente aggiudicataria della gara, per aver quest'ultima versato il contributo dovuto all'Autorità di Vigilanza mediante conto corrente postale. Inoltre la Eurotrend Assistenza scrl eccepisce la violazione e falsa applicazione dell'art. 79 D.Lgs. n. 163/2006, in quanto la stazione appaltante non ha consentito l'accesso alla nota presentata dalla Primavera scpa per giustificare le ragioni del suddetto pagamento mediante conto corrente postale intestato all'Autorità né l'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria.

Successivamente l'istante ha eccepito che l'aggiudicataria risulta priva dei requisiti di ammissione sotto due distinti profili: da un lato, infatti, ha rilevato che la Primavera scpa si è avvalsa della EsserCi Cooperativa Sociale Onlus per il possesso dei requisiti tecnici, professionali ed economici, ma la dichiarazione resa da quest'ultima non contiene le indicazioni prescritte per l'ammissione alla gara dall'art. 3, lettera e) del disciplinare di gara, ossia la specifica menzione dei servizi prestati nel triennio 2007-2008-2009, dei relativi importi e dei destinatari degli stessi; e, dall'altro, ha sottolineato che l'attestazione delle referenze bancarie da parte della Primavera scpa è avvenuta tramite la produzione di due fax di istituti bancari e non tramite dichiarazioni in originale o copia conforme.

L'istante, inoltre, censura le modalità di valutazione delle offerte tecniche, in quanto l'aggiudicataria ha ricevuto 15 punti per il parametro "Programmi di formazione ed aggiornamento del personale", mentre la sua offerta ha ottenuto solo 7 punti, pur essendo sul punto del tutto analoga a quella della Primavera scpa. Inoltre per il parametro titolo di studio di coordinatore la Primavera scpa ha ottenuto il massimo di 15 punti, previsti nel caso in cui il coordinatore fosse in possesso della laurea in pedagogia, là dove l'aggiudicataria ha dichiarato che il proprio coordinatore possiede la laurea in scienze della formazione con indirizzo pedagogista.

L'istante, infine, eccepisce l'illegittimità dell'aggiudicazione e l'illegittimità ed incompatibilità dell'aggiudicataria a partecipare alla gara, in quanto il proprio Direttore generale e procuratore speciale risulterebbe Consigliere del Comune di Gallarate.

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la Primavera scpa ha difeso la legittimità della procedura in esame, sottolineando, in particolare, che secondo l'art. 12 del capitolato di gara, rubricato "Tassa per la partecipazione" il pagamento del CIG può essere effettuato o mediante versamento *on line*, collegandosi al sito dell'Autorità o mediante versamento sul conto corrente postale intestato all'Autorità, indicando la causale del versamento. La società Primavera scpa, non essendo riuscita ad effettuare il pagamento *on line* si è avvalsa della seconda modalità, allegando l'originale della ricevuta di pagamento ai documenti di gara. Il Comune, inoltre, fa notare che il bando di gara in questione è stato pubblicato il 23.2.2010 e, quindi, in data anteriore al 1.5.2010, giorno dell'entrata in vigore delle nuove modalità di pagamento del CIG.

### *Ritenuto in diritto*

La prima questione sottoposta al vaglio dell'Autorità concerne l'ammissibilità alla gara della Primavera scpa, che ha pagato il contributo di partecipazione mediante versamento su conto corrente intestato all'Autorità.

Si osserva al riguardo che la stazione appaltante ha operato correttamente, stante la previsione dell'art. 12 del disciplinare di gara, che espressamente consente ai concorrenti di assolvere al predetto onere contributivo anche mediante versamento della somma dovuta sul conto corrente dell'Autorità e presentazione in sede di gara della ricevuta di versamento in originale.

Per completezza della trattazione sul punto, si osserva, inoltre, che quanto alle nuove modalità di pagamento del contributo in vigore per le gare bandite a far data dal 1.5.2010, l'Autorità ha già precisato in più occasioni che è corretto prevedere l'esclusione da una gara solo nel caso in cui non sia stato effettuato il pagamento del contributo e non nel differente caso in cui il pagamento sia stato effettuato mediante versamento su conto corrente postale, anziché secondo le nuove modalità, in quanto un inadempimento meramente formale non può essere considerato dalla stazione appaltante nel bando di gara *sic et simpliciter* causa di esclusione, senza procedere ad un previo accertamento dell'effettivo versamento del contributo dovuto all'Autorità. In altri termini, l'esclusione dalla gara rappresenta un atto dovuto ogni qual volta si presenti un inadempimento di tipo sostanziale, consistente nel mancato pagamento delle contribuzioni dovute all'Autorità, e non un inadempimento di tipo formale (cfr. AVCP pareri n.8 del 14.1.2010, n.67 del 25.3.2010, n.225 del 16.12.2010).

Per tale ragione l'Autorità nel dare attuazione per l'anno 2010 all'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 con la delibera del 15 febbraio 2010, non ha imposto, a pena di esclusione, alcun onere formale o procedurale ai concorrenti, ma ha precisato all'art. 4, comma 2, che *"i soggetti di cui all'art. 1, lettera b), del presente provvedimento - gli operatori economici - sono tenuti al pagamento della contribuzione quale condizione di ammissibilità alla procedura di selezione del contraente. Essi sono tenuti a dimostrare, al momento di presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di contribuzione. La mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento di tale somma è causa di esclusione dalla procedura di scelta del contraente"*, ed al successivo comma 5 che *"ai fini del versamento delle contribuzioni, i soggetti vigilati debbono attenersi alle istruzioni operative pubblicate sul sito dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture al seguente indirizzo: [http : //www. avcp.it](http://www.avcp.it)",* ossia o *on line* mediante pagamento con carta di credito o in contanti mediante pagamento presso i tabaccai lottisti abilitati.

Ne deriva che se è corretto riportare nella *lex specialis* il contenuto delle istruzioni operative concernenti il versamento del contributo all'Autorità, prevedendo, altresì, l'esclusione in caso di mancato pagamento, non è, invece, corretto prevedere la medesima sanzione nel caso di violazione meramente formale delle predette istruzioni. Osta a ciò, da un lato, il principio di stretta interpretazione della cause di esclusione dalle gare pubbliche – avendo previsto il legislatore

l'esclusione solo in caso di mancato versamento del contributo (art. 1, comma 67, legge n. 266/2005) – e dall'altro, i principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa – che sarebbero violati, se la stazione appaltante non distinguesse, all'interno della *lex specialis*, tra inadempimenti di tipo sostanziale, comportanti l'esclusione del concorrente, ed inadempimenti di tipo formale, non aventi le stesse conseguenze dei primi (cfr. TAR Lombardia Brescia, sez. I, sentenza n. 487 del 7.5.2008, TAR Lazio Roma, sez. II bis, sentenza n. 4893 del 7.5.2009). Conseguentemente la previsione della *lex specialis*, che sanzionasse con l'esclusione sia il concorrente che non ha versato il contributo AVCP sia il contraente che ha effettuato tale versamento con modalità diverse da quelle indicate nei documenti di gara, sarebbe illegittima per falsa applicazione dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 e per eccesso di potere, *sub specie* di manifesta irragionevolezza.

La seconda questione sottoposta al vaglio dell'Autorità concerne il possesso dei requisiti tecnico-professionali ed economici da parte della Primavera scpa.

Occorre premettere al riguardo che l'art. 3 del disciplinare di gara, rubricato Requisiti per l'ammissione, dispone che “*possono partecipare alla gara le ditte aventi i seguenti requisiti: (...) e) avere capacità tecnica ed economica finanziaria adeguata per eseguire servizi richiesti, in particolare di avere esperienza diretta di gestione di attività integrative scolastiche (sostegno educativo-assistenziale a studenti portatori di handicap pre-scuola e post-scuola) di almeno tre anni (2007-2008-2009) con l'indicazione degli importi, delle date dei destinatari, pubblici e privati dei servizi stessi; f) aver fatturato negli anni 2007-2008-2009 per servizi identici (sostegno educativo-assistenziale a studenti portatori di handicap pre-scuola e post-scuola) a quelli oggetto del presente appalto un importo non inferiore a euro 630.769,24 (IVA esclusa) per anno; (...) m) avere almeno due istituti di credito che possono attestare la capacità economica e finanziaria della Ditta in relazione al valore dell'appalto.*”

La Primavera scpa ha dichiarato “*di avvalersi dei requisiti necessari per la partecipazione alla presente gara e, nello specifico, di avvalersi dell'impresa ausiliaria EsserCi Cooperativa Sociale Onlus per il requisito di cui al punto f) del Capitolato speciale d'appalto nella misura del 20%, essendo già in possesso del restante 80%*”. La predetta impresa ausiliaria a sua volta ha dichiarato: “*l'impegno verso Cooperativa Primavera S.C.P.A. e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente*” e che “*il fatturato per servizi identici (sostegno educativo-assistenziale, pre e post scuola) nell'anno 2007 è pari a euro 342.061,63 nell'anno 2008 è pari a euro 353.809,41 nell'anno 2009 è pari a euro 178.985,98*”. Secondo l'istante quest'ultima dichiarazione non sarebbe resa in conformità alla *lex specialis*, in quanto non reca l'indicazione specifica degli importi, date e destinatari dei servizi svolti.

Il rilievo è infondato. Si osserva sul punto che l'istante confonde il requisito di cui alla lettera e), per il quale effettivamente il disciplinare di gara richiede le suddette specifiche, e quello della lettera f) che, invece, non richiede tale specifiche, ma esige soltanto che venga indicato per servizi identici a quelli messi a gara per gli anni 2007-2008-2009 il fatturato realizzato, che non può essere inferiore a euro 630.769,24 (IVA esclusa). Ne deriva che avendo la Primavera scpa ricorso all'avvalimento per il requisito di cui alla lettera f) e non quello di cui alla lettera e), correttamente l'impresa ausiliaria si è attenuta alla prescrizione della *lex specialis* e, come richiesto da quest'ultima, ha indicato di aver svolto servizi identici a quelli messi a gara ed ha specificato il relativo fatturato. E' evidente che in ogni caso rimane la facoltà della stazione appaltante di invitare l'impresa ausiliaria a completare o fornire chiarimenti ex art. 46 Codice dei contratti pubblici sugli specifici servizi svolti negli anni 2007-2008-2009 e già dichiarati in sede di gara, come richiesto dalla *lex specialis*, sebbene in termini generali, al fine di verificare l'effettiva coincidenza di questi ultimi con quelli messi a gara.

Quanto alle referenze bancarie, l'istante lamenta che la Primavera scpa ha prodotto due fax di istituti bancari e non dichiarazioni in originale o in copia conforme. La censura risulta infondata in quanto il disciplinare di gara, all'art. 3, lett. m) su citato, richiede ai concorrenti “*di avere due*

*istituti che possano attestare la relativa capacità economica e finanziaria della Ditta in relazione al valore dell'appalto*", senza disporre a pena di esclusione l'eventuale forma che tale attestazione deve rivestire. Conseguentemente nel silenzio sul punto della stessa *lex specialis* nonché del Codice dei contratti pubblici che, non tratta la questione in esame, almeno nei termini posti dall'istante, si ritiene sufficiente, ai fini dell'ammissione alla gara, la presentazione delle predette attestazioni in copia semplice, presentata dalla Primavera scpa. E' bene precisare che anche in tal caso residua, comunque, la facoltà della stazione appaltante di chiedere chiarimenti ex art. 46 Codice dei contratti pubblici all'impresa concorrente in ordine alle attestazioni già presentate in sede di gara ed al contenuto delle stesse.

La terza questione posta al vaglio dell'Autorità concerne l'illegittimità dell'operato della Commissione di gara nell'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche della Primavera scpa e della stessa Eurotrend Assistenza scrl. In particolare dalla scheda di valutazione dei parametri di qualità allegata alla *lex specialis* risulta che per la voce relativa a "Programmi di formazioni ed aggiornamento del personale" sono stati previsti massimo 15 punti così ripartiti: 0 punti - assente; 3 punti - incontri di durata fino a 6 ore annue per dipendente; 7 punti - incontri di durata oltre le 6 ore annue per dipendente; 15 punti - incontri di durata oltre le 6 ore annue per dipendente con redazione di un piano di formazione allegato. L'istante lamenta l'operato della Commissione perché in relazione al parametro in esame ha attribuito alla Primavera scpa 15 punti ed alla propria offerta solo 7 punti, sebbene quest'ultima avesse tutti gli elementi richiesti dalla suddetta scheda per ottenere il punteggio massimo.

La censura è fondata. L'esame dell'offerta tecnica presentata dall'istante e trasmessa all'Autorità evidenzia che anche quest'ultima, come la Primavera scpa, ha previsto programmi di formazione ed aggiornamento del personale con incontri di durata superiori alle 6 ore annue per dipendente ed ha allegato il relativo piano di formazione. Si rileva, inoltre, che il piano di formazione dell'istante appare più dettagliato rispetto a quello presentato dall'aggiudicataria: il primo, infatti, indica già le date degli incontri, il nominativo del docente, il tema che verrà discusso ed, infine, definisce in dettaglio anche i singoli argomenti che saranno approfonditi in ogni giornata, specificando il tempo dedicato ad ognuno di essi; il secondo, invece, riporta la struttura di massima che avranno gli incontri, con l'indicazione del mese in cui si terranno le lezioni e del tema che sarà trattato in ogni singolo incontro, a parte mostra l'elenco dei professionisti di cui si avvarrà la struttura e reca un esempio di come i corsi potranno essere sviluppati.

Ne consegue che la scelta della Commissione di gara di attribuire 15 punti al progetto della Primavera scpa e 7 punti a quello della Eurotrend Assistenza scrl appare irragionevole, dato che viene premiato il programma formativo meno dettagliato, non motivata, non essendo indicato nei verbali di gara l'*iter* logico seguito dalla Commissione al riguardo, ed assunta in violazione dei parametri di valutazione indicati dalla *lex specialis*, che impongono di attribuire 15 punti all'offerta che presenta un programma di formazione ed aggiornamento del personale di oltre sei ore con allegato il piano di formazione.

L'istante, inoltre, lamenta l'operato della Commissione perché in relazione al parametro "Titolo di studio coordinatore" ha attribuito illegittimamente 15 punti alla Primavera scpa, sebbene il coordinatore di quest'ultima - diversamente da quanto indicato nella scheda di valutazione dei parametri di qualità allegata alla *lex specialis* - risulta che non sia in possesso della laurea in Pedagogia, bensì in Scienze delle professioni educative unitamente alla laurea specialistica in Scienze della Formazione, indirizzo "pedagogista". La questione sollevata, quindi, attiene all'equiparazione del titolo di studio posseduto dal coordinatore della Primavera scpa e conseguito con il nuovo ordinamento alla laurea in Pedagogia conseguita con il vecchio ordinamento, a cui la *lex specialis* dispone di attribuire 15 punti.

Al riguardo, sebbene la *vaexata quaestio* esuli dalle competenze proprie dell'Autorità, rientrando in quelle del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, si osserva che quest'ultimo con decreto 5 maggio 2004 ha approvato la tabella di equiparazione tra i vecchi titoli di studio ed i nuovi, precisando che "*tenuto conto della suddivisione delle lauree del vecchio ordinamento in più*

*percorsi indipendenti, qualora una delle citate lauree trovi corrispondenza con più classi di lauree specialistiche sarà compito dell'Ateneo che ha conferito il diploma di laurea (DL) rilasciare a chi ne fa richiesta un certificato, che attesti a quale singola classe è equiparato il titolo di studio posseduto, da allegare alle domande di partecipazione ai concorsi insieme con il certificato di laurea”.*

Ne consegue che la Commissione di gara, al fine di rispettare i principi di imparzialità e di *par condicio* dei concorrenti, dinanzi ad un titolo di laurea che non corrisponde “nominativamente” a quello previsto dalla *lex specialis* per l’attribuzione del punteggio massimo (15 punti), avrebbe dovuto richiedere all’Ateneo che ha rilasciato il titolo contestato di attestare l’equipollenza di quest’ultimo a quello indicato dalla *lex specialis*, ma dai documenti trasmessi all’Autorità non risulta che ciò sia avvenuto, ovvero esplicitare le ragioni che l’hanno indotta “autonomamente” ad effettuare l’equipollenza in questione, ma dai verbali di gara non risulta quale sia l’*iter* logico seguito dalla Commissione per addivenire alla scelta effettuata, conseguentemente, quest’ultima appare viziata per carenza di motivazione.

Peraltro tale vizio appare particolarmente evidente, se si considera che la Commissione di gara disponeva di una griglia differenziata di punteggi da attribuire alla voce in esame. La scheda di valutazione del progetto tecnico predisposta dalla stazione appaltante, al parametro di qualità relativo al titolo di studio del coordinatore, dispone, infatti, di dare 10 punti alla laurea in scienze dell’educazione, 6 punti alla laurea in psicologia e 0 punti ad ogni altro titolo.

In relazione all’ultima censura, con cui l’istante lamenta l’illegittimità e l’incompatibilità della partecipazione alla gara della Primavera scpa, in quanto il suo direttore generale e procuratore speciale sarebbe capogruppo del gruppo misto al Consiglio Comunale di Gallarate, si osserva che quest’ultima risulta generica e non argomentata in relazione alle specifiche norme, dalla cui violazione deriverebbe l’illegittimità della partecipazione alla gara della Primavera scpa.

Peraltro si rileva che, se l’istante ha sottinteso far riferimento alla disposizione dell’art. 63 TUEL, quest’ultima disciplina le cause di incompatibilità alla carica di Sindaco, Presidente della Provincia o Consigliere dell’Ente locale al mero fine di porre dei limiti all’elettorato passivo, senza che questi ultimi nella volontà del legislatore si riverberino “automaticamente” sulle condizioni di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica fissate, invece, dal D.Lgs. n.163/2006.

Consequentemente l’istante avrebbe dovuto evidenziare come l’asserita incompatibilità abbia viziato la procedura in esame in riferimento ai principi ed alla specifica normativa che regola l’affidamento delle commesse pubbliche.

Quanto alla violazione e falsa applicazione dell’art. 79 D.Lgs. n.163/2006, è evidente dalle censure presentate dalla Eurotrend Assistenza scrl, che la stazione appaltante alla fine ha accolto l’istanza di accesso presentata dalla concorrente, facendo venir meno l’interesse della Eurotrend Assistenza scrl ad ottenere una pronuncia dell’Autorità sul punto.

In base a quanto sopra considerato

## **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l’ammissione alla gara della società Primavera scpa non contrasti con le specifiche disposizioni dettate al riguardo dalla *lex specialis* e che l’operato della Commissione di gara sia irragionevole, non motivato e non conforme alle regole di giudizio fissate

*ex ante* dalla stazione appaltante nella scheda di valutazione dei parametri di qualità allegata al disciplinare di gara.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 febbraio 2011*

Il Segretario: Maria Esposito