

## Parere n. 55 del 23 marzo 2011

### PREC 270/10/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 Società Cooperativa a r.l. PEGASO – Gestione dei servizi della casa di riposo comunale "Casa Serena" per il biennio 2011/2012 – Importo a base d'asta: € 485.300,00 annui – S.A.: Comune di San Vito dei Normanni (BR).

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 22 ottobre 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Società Cooperativa a r.l. PEGASO ha chiesto un pronuncia di questa Autorità in merito alla legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio in oggetto disposta nei propri confronti dal Comune di San Vito dei Normanni *"per la mancata dimostrazione del requisito di capacità tecnico-professionale previsto dall'art. 13, lett. f) del bando di gara"*.

In particolare, la Società Cooperativa istante ha rappresentato che, nonostante la *lex specialis*, al predetto art. 13, lett. f), precisasse, con riferimento alla dimostrazione della capacità tecnico professionale richiesta nel servizio oggetto dell'appalto, che *"ai fini dell'ammissione alla gara saranno presi in considerazione esclusivamente i servizi di gestione di case di riposo o di strutture residenziali per anziani"*, tale clausola, tuttavia, non impediva la partecipazione alla procedura di gara in questione ad un concorrente che, come l'istante medesima, avesse attestato di aver eseguito contratti aventi ad oggetto la gestione di Centri riabilitativi per disabili psichici, adducendo che gli *standards* dimensionali, organizzativi e qualitativi previsti nella normativa regionale per le Comunità riabilitative assistenziali per disabili psichici (art. 1, Regolamento Regione Puglia 27 novembre 2002, n. 7) sarebbero gli stessi di quelli previsti per la gestione delle Case di riposo e delle Residenze sociali e assistenziali per anziani (artt. 65 e 67, Regolamento Regione Puglia 18 gennaio 2007, n. 4).

All'istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità in data 2 dicembre 2010, hanno fatto seguito le deduzioni prodotte dal Comune di San Vito dei Normanni in data 7 dicembre 2010, con le quali la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del proprio operato evidenziando, per un verso, che i servizi attestati dalla Società Cooperativa a r.l. PEGASO, concernenti la gestione di centri riabilitativi per disabili psichici, sono diversi da quelli tassativamente e chiaramente richiesti, a pena di esclusione, dall'art. 13, lett. f) del bando di gara, ossia servizi di gestione di case di riposo o di strutture residenziali per anziani e, per altro verso, sostenendo che,

"*indipendente dalle similitudini riscontrabili su piano normativo tra i due servizi, la gestione di una comunità riabilitativa per disabili psichici può essere considerata tutt'al più un servizio analogo ma certamente non identico rispetto a quello oggetto della gara, atteso che i servizi di che trattasi si rivolgono evidentemente a categorie di soggetti con caratteristiche ed esigenze del tutto differenti*". A conforto di tale assunto l'Amministrazione comunale ha citato un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui la stazione appaltante può legittimamente prevedere, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica, che i concorrenti abbiano svolto servizi identici a quello oggetto dell'appalto, purché l'identità dei servizi sia chiaramente ed inequivocabilmente espressa e risponda ad un precipuo interesse dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2005, n. 1631; Sez. IV, 6 ottobre 2003, n.5823; TAR Puglia, Lecce, Sez.II, 30 ottobre 2008, n. 3120).

### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, riguarda la possibilità di ammettere alla partecipazione alla gara in oggetto, concernente l'affidamento del servizio di gestione di una casa di riposo comunale, un concorrente che attesti di aver eseguito contratti aventi ad oggetto la gestione di Centri riabilitativi per disabili psichici. Ciò in base all'assunto che gli *standards* dimensionali, organizzativi e qualitativi previsti nella normativa regionale per le Comunità riabilitative assistenziali per disabili psichici (art. 1, Regolamento Regione Puglia 27 novembre 2002, n. 7) sarebbero gli stessi di quelli previsti per la gestione delle Case di riposo e delle Residenze sociali e assistenziali per anziani (artt. 65 e 67, Regolamento Regione Puglia 18 gennaio 2007, n. 4), servizi ai quali il bando di gara faceva espresso e tassativo riferimento, ai fini dell'ammissione. La *lex specialis*, infatti, all'art. 13, lett. f), richiedeva, quale requisito specifico di capacità tecnico-professionale necessario per l'ammissione alla gara, il possesso, a pena di esclusione, di "*esperienza documentata di durata almeno triennale, anche non consecutiva, nel servizio oggetto dell'appalto autocertificata mediante la presentazione di un elenco dei principali servizi prestati nell'ultimo quinquennio con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari pubblici o privati dei servizi stessi*" con l'ulteriore precisazione, che "*ai fini dell'ammissione alla gara saranno presi in considerazione esclusivamente i servizi di gestione di case di riposo o di strutture residenziali per anziani*".

Al riguardo, occorre innanzitutto premettere che, nella fattispecie in esame, non si pone in questione la libertà valutativa della stazione appaltante in merito all'individuazione dei parametri di consistenza della capacità tecnica necessaria per l'assunzione di un determinato servizio, costituente il *proprium* della discrezionalità che compete all'Amministrazione circa la (migliore) determinazione dei criteri e dei parametri discriminanti per la scelta del miglior contraente. Quello che rileva è, semmai, il fatto che una tale libertà deve pur sempre temperarsi con riferimenti logici e giuridici che derivano dalla garanzia del rispetto di principi fondamentali altrettanto necessari nell'espletamento delle procedure di gara, quale quello della più ampia partecipazione di soggetti concorrenti e del rispetto del generale buon andamento dell'azione amministrativa.

Ciò detto l'esclusione dalla gara dell'istante Società Cooperativa a r.l. PEGASO appare legittima, sia in considerazione del tenore letterale della richiamata clausola del bando di gara, che non si presta ad equivoci di sorta circa l'esperienza professionale tassativamente richiesta ai fini dell'ammissione alla gara, sia alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale che riconosce alla stazione appaltante un apprezzabile margine di discrezionalità nel chiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli stabiliti dalla legge (artt. 41 e 42 del D.Lgs. n. 163/2006) 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 (ad esempio, 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.

Ciò posto, l'esame dell'operato dell'Amministrazione deve essere condotto tenendo conto della specificità del delicato servizio da affidare (gestione dei servizi della casa di riposo comunale "Casa Serena") nonché della rilevanza della gara di cui trattasi (€485.300,00 annui per il biennio 2011/2012).

Ebbene, sotto il profilo dei richiamati canoni di ragionevolezza e proporzionalità, appare del tutto legittimo – anche alla luce della giurisprudenza citata dalla stazione appaltante e riportata nella narrativa in fatto – che il Comune di San Vito dei Normanni, nell'esercizio dell'ampia discrezionalità di cui è indubbiamente titolare in materia, abbia richiesto ai concorrenti, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica, l'esibizione dell'elenco dei servizi già effettuati in appalto negli ultimi tre anni inerenti l'oggetto della gara e non dei servizi semplicemente analoghi, proprio in considerazione dell'evidente specificità della gestione del servizio oggetto dell'appalto e della correlata specifica idoneità professionale richiesta al gestore, non surrogabile dalla allegata gestione di servizi similari. In questo senso la clausola del bando non può certo dirsi arbitraria, stando in tutta evidenza a significare la particolare qualificazione professionale del gestore nello specifico settore oggetto dell'appalto, richiesta *expressis verbis* a pena di esclusione.

Né può rilevare, in senso contrario, l'argomento sostenuto dalla Società Cooperativa istante, che i servizi dalla stessa attestati, aventi ad oggetto la gestione di Centri riabilitativi per disabili psichici, sono regolamentati da disposizioni regionali dalle quali si evincerebbe che gli *standards* dimensionali, organizzativi e qualitativi previsti per le Comunità riabilitative assistenziali per disabili psichici (art. 1, Regolamento Regione Puglia 27 novembre 2002, n. 7) sarebbero gli stessi di quelli previsti per la gestione delle Case di riposo e delle Residenze sociali e assistenziali per anziani (artt. 65 e 67, Regolamento Regione Puglia 18 gennaio 2007, n. 4).

Infatti, dalle stesse norme citate dall'istante risulta, altresì, che le prestazioni da erogare ai disabili psichici nella "Comunità riabilitativa assistenziale psichiatrica" di cui all'art. 1 del Regolamento della Regione Puglia del 27 novembre 2002, n. 7, sono prevalentemente di natura sanitaria, mentre quelle da erogare agli anziani nelle Case di riposo e delle Residenze sociali e assistenziali per anziani di cui agli artt. 65 e 67, Regolamento Regione Puglia 18 gennaio 2007, n. 4, sono piuttosto di natura socio-assistenziale, con conseguente diversità delle competenze richieste ai gestori delle stesse. Anche sotto tale profilo, pertanto, non appare irragionevole, rispondendo ad un apprezzabile interesse dell'amministrazione meritevole di tutela, che la stazione appaltante, dovendo affidare la gestione dei servizi della casa di riposo comunale in oggetto, abbia richiesto ai concorrenti, quale requisito di capacità tecnico-professionale per l'ammissione un'esperienza nello stesso settore oggetto della gara e maturata esclusivamente attraverso servizi di gestione di case di riposo o di strutture residenziali per anziani, indicando espressamente tale limitazione nel bando di gara.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara della Società Cooperativa a r.l. PEGASO disposta dal Comune di San Vito dei Normanni sia conforme alla *lex specialis* e ai principi in materia di procedure ad evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 marzo 2011

Il Segretario: Maria Esposito