

## **PARERE N. 166 DEL 10/10/2012**

### **PREC 138/12/S**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Poggio Catino – “Concessione della gestione della casa di riposo Sant’Antonio” – euro 135.000,00 – S.A.: Comune di Poggio Catino.

**Artt. 41 e 42 Codice – Capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 29 maggio 2012 è pervenuta l’istanza in epigrafe, con la quale il Comune di Poggio Catino ha chiesto all’Autorità un parere in merito alla possibilità di riammettere la cooperativa sociale “Il Falco” alla gara indetta per l’affidamento novennale del servizio di gestione della casa di riposo Sant’Antonio, di importo complessivo stimato pari ad euro 135.000,00, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Nella seduta pubblica del 31 marzo 2012, la cooperativa “Il Falco” è stata esclusa in quanto priva, ad avviso della commissione, dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando di gara.

Il paragrafo III.2.2) del bando, richiamando espressamente gli artt. 41 e 42 del D.Lgs. n. 163 del 2006, stabiliva che i concorrenti dovessero attestare:

1) la propria capacità economica e finanziaria, mediante due attestazioni bancarie, oppure gli ultimi bilanci d’impresa, oppure il fatturato realizzato negli ultimi tre esercizi per servizi analoghi a quelli messi a gara;

2) la propria capacità tecnica e professionale, indicando a tal fine i principali servizi svolti nell’ultimo triennio a favore di enti pubblici oppure i titoli di studio e professionali dei dirigenti d’impresa e dei responsabili del servizio oppure il numero medio annuo dei dipendenti nell’ultimo triennio.

Lo stesso paragrafo specificava, riproducendo fedelmente il dettato dell’art. 41, terzo comma, del Codice dei contratti pubblici, che “*Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l’inizio dell’attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*”.

L’amministratore della cooperativa “Il Falco”, nelle osservazioni scritte trasmesse dapprima alla stazione appaltante e poi all’Autorità, ha contestato l’esclusione sostenendo di aver ottemperato alle prescrizioni del bando di gara in relazione ai requisiti di qualificazione economica e tecnica.

Il Comune di Poggio Catino, formalmente avvisato con comunicazione di avvio del procedimento del 27 giugno 2012, ha prodotto documenti e controdeduzioni.

### *Ritenuto in diritto*

Con l'istanza in esame viene richiesto il parere di questa Autorità in ordine all'esclusione dalla gara in oggetto della cooperativa sociale "Il Falco", disposta dal Comune di Poggio Catino per difetto dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando di gara.

In via preliminare, anche dal tenore della *lex specialis* di gara e dei relativi allegati non può esser dubbio che la gestione della casa di riposo comunale si qualifichi giuridicamente quale servizio pubblico a rilevanza economica, come tale sottratto all'applicazione diretta ed integrale della disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici e nel Regolamento di attuazione, ai sensi dell'art. 30 dello stesso Codice.

Va tuttavia rilevato che il paragrafo III.2.2) del bando, nel fissare i requisiti (alternativi) di qualificazione economica e tecnica per l'ammissione, richiamava esplicitamente gli artt. 41 e 42 del Codice.

Nella fattispecie, il Comune ha deliberato di escludere la cooperativa "Il Falco" per l'asserito difetto di detti requisiti. La cooperativa è stata infatti costituita nel dicembre 2011 e, per tale decisiva ragione, non è in grado di dimostrare il possesso di un'esperienza specifica, di un fatturato specifico e di un numero congruo di dipendenti nell'ultimo triennio.

Ciò premesso, sulla base della documentazione prodotta dalle parti, l'esclusione deve giudicarsi illegittima.

Sotto un primo profilo, l'amministratore della cooperativa "Il Falco" ha dichiarato, nella memoria difensiva pervenuta all'Autorità il 13 luglio 2012, che all'offerta erano state allegare due attestazioni bancarie (provenienti da Unicredit e Banca Popolare di Ancona) conformi a quanto richiesto dal primo capoverso del paragrafo III.2.2) del bando.

In assenza di controdeduzioni della stazione appaltante sulla completezza e regolarità di tali attestazioni, il requisito di capacità economico-finanziaria deve ritenersi, quindi, pienamente soddisfatto, non potendo peraltro esigersi, nei confronti di un'impresa di recente costituzione, la produzione dei bilanci e dei dati sul fatturato negli ultimi tre anni.

Del resto, sia l'art. 41 del Codice che la richiamata clausola del bando di gara dispongono, senza possibilità di equivoci, nel senso che la presentazione delle referenze bancarie è alternativa alla produzione dei bilanci e dei dati sul fatturato nell'ultimo triennio, al fine di dimostrare la solidità economica dell'impresa concorrente.

Per quanto attiene, invece, alla capacità tecnico-organizzativa, la cooperativa "Il Falco" espone di aver fatto valere, in sede di offerta, le referenze del proprio direttore tecnico sig.ra Sonia Paoli, che in passato avrebbe svolto identiche mansioni presso la casa di riposo Sant'Antonio per oltre un decennio, alle dipendenze della cooperativa "Lo Cucà" (assente alla gara ed appaltatrice uscente del servizio per il Comune di Poggio Catino).

Va rilevato che tra i requisiti di qualificazione indicati in via alternativa dal secondo capoverso del paragrafo III.2.2) del bando, in tema di capacità tecnica ed organizzativa, compaiono proprio "*i titoli di studio o professionali dei prestatori di servizi o dei dirigenti dell'impresa e, in particolare, dei soggetti concretamente responsabili della prestazione dei servizi*", in perfetta corrispondenza con quanto previsto dall'art. 42, primo comma, del Codice.

Anche per tale profilo può affermarsi che il bando di gara disponga inequivocabilmente nel senso che la valutazione del *curriculum* professionale del direttore tecnico è alternativa a quella dei servizi analoghi svolti a favore di enti pubblici e del numero medio dei dipendenti nell'ultimo triennio, al fine di accertare la capacità tecnica dell'impresa concorrente.

Il Comune, pertanto, non avrebbe dovuto escludere la cooperativa "Il Falco" per mancata dimostrazione dei requisiti di qualificazione prescritti dal bando, sul semplice rilievo (come si legge nel verbale di gara e nel quesito rivolto all'Autorità) che difetterebbero del tutto sia i dipendenti che i servizi svolti nell'ultimo triennio. Trattandosi, come si è già detto, di cooperativa che è stata

costituita soltanto due mesi prima della pubblicazione del bando, doveva esserle consentito di comprovare *aliunde* la propria capacità tecnico-organizzativa, in relazione ai titoli professionali ed all'esperienza specifica del direttore tecnico presente nell'organico aziendale ed indicato quale preposto alla gestione del servizio.

In conclusione, si ritiene che sussistano nel caso di specie i presupposti per una riammissione alla gara della cooperativa "Il falco"; pertanto, la stazione appaltante dovrebbe revocare il provvedimento di esclusione adottato ed avviare nei confronti della riammessa cooperativa la verifica circa la congruità e la rispondenza al bando di gara delle attestazioni bancarie allegate all'offerta e dei titoli professionali del direttore tecnico.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che l'esclusione della Cooperativa "Il falco" sia illegittima e che sussistano i presupposti per una sua riammissione alla gara.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 ottobre 2012*

Il Segretario Maria Esposito