

Parere n. 30 del 13/03/2013

PREC 212/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Cooperativa LUDUS s.r.l. – “*Avviso di selezione per l’affidamento in gestione delle prestazioni educative, ausiliarie e gestionali dell’asilo nido di Albinia e per l’integrazione del personale della scuola materna comunale*” – Importo a base d’asta €496.335,09 - S.A.: Comune Di Orbetello (GR)

ARTT. 2, 20, 27, 34, E 42 D.LGS. n. 163/2006 – “SERVIZI ESCLUSI” ex ALLEGATO II B: soggetti ammessi alla gara, requisiti di capacità professionale e termine per la presentazione delle offerte

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 30 agosto 2012 è pervenuta l’istanza in epigrafe, con la quale la Cooperativa LUDUS s.r.l. chiede a questa Autorità di verificare la “regolarità dell’Avviso di selezione per l’affidamento in gestione delle prestazioni educative, ausiliarie e gestionali dell’asilo nido di Albinia e per l’integrazione del personale della scuola materna comunale.

L’istante deduce che la Stazione appaltante, il Comune di Orbetello, ha ristretto la partecipazione a favore di imprese sociali di cui al D.Lgs. n.155/2006 iscritte al Registro delle imprese ai sensi dell’art. 5, comma 2 del medesimo Decreto, Cooperative Sociali o Consorzi di Cooperative Sociali iscritte nella sezione A o C dell’Albo istituito dalla Regione Toscana con L.R. 87/97; Cooperative Sociali o Consorzi di Cooperative Sociali iscritte nella sezione A o C di altro Albo regionale ex L. 381/91 ove istituito; Cooperative Sociali o Consorzi di Cooperative Sociali non iscritte all’Albo ex L.381/91, in quanto con sede legale in Regioni che ancora non ne dispongono, purchè in possesso dei requisiti previsti per l’iscrizione all’Albo della Regione Toscana, fatta eccezione per l’obbligo di sede legale in Toscana.

La Cooperativa LUDUS r.l. lamenta:

1. la violazione del principio di proporzionalità, razionalità e ragionevolezza;
2. la violazione del principio della massima partecipazione;
3. la mancata motivazione in ordine all’adozione del potere discrezionale di imporre limiti di partecipazione;
4. con riferimento ai termini per la pubblicità dell’avviso di gara, la falsa applicazione delle norme del Trattato, la violazione dei principi generali posti a garanzia della effettiva concorrenza e par condicio dei concorrenti nonché la violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, efficienza e buona amministrazione.

A riscontro dell’istruttoria documentale avviata dall’Autorità il Comune di Orbetello, ha ribadito la legittimità del proprio operato, evidenziando che il servizio di asilo nido è classificato tra i servizi di cui all’allegato IIB del D.Lgs. n. 163/2006 e che la procedura in questione, collocandosi nell’ambito derogatorio definito dall’art.20, è stata espletata secondo i principi di cui all’art.27 dello stesso D.Lgs., in combinazione con la vigente normativa della Regione Toscana.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della procedura di gara sotto distinti profili.

Con riferimento alla prima censura, si osserva che l'Autorità si è già espressa circa la possibilità di riservare la partecipazione ad una gara pubblica avente ad oggetto l'affidamento di servizi sociali a determinati soggetti, in particolare a soggetti no profit con parere sulla normativa AG 24/10 del 8.7.2010, a cui si rinvia *per relationem*.

In particolare l'Autorità nel precedente sopra richiamato, dopo aver precisato che anche le cooperative sociali di cui alla l.381/91 rientrano nella categoria degli enti *no profit*, ha ritenuto che non è consentito “*apporte riserve di partecipazione alle gare di appalto sic et simpliciter ai soli soggetti no profit, ma che tale riserva sia consentita solo, nei limiti di quanto espresso in motivazione, se rivolta a soggetti che rivestono le caratteristiche dei laboratori protetti. Come inoltre espressamente previsto dalla norma esaminata, è noto che il bando di gara che a questa disciplina si volesse conformare deve espressamente menzionare la disposizione dell'art. 52, Codice*”.

Alla luce di tale pronuncia la clausola del capitolato speciale, limitativa della partecipazione alla gara, risulta in contrasto con i principi di massima partecipazione e concorrenza che presiedono il regolare svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica.

Con riferimento alla censura relativa ai requisiti di capacità professionale, ed in particolare alla richiesta di indicare i tecnici e gli organi tecnici, facenti direttamente capo, o meno, al concorrente e, fra questi, quelli incaricati dei controlli di qualità, si ritiene che la previsione della *lex specialis* in questione sia ragionevole e conforme all'previsione dell'art.42 – “*Capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi*” del Codice dei contratti pubblici, in quanto, da un lato, ne riproduce il contenuto (cfr. art. 42, comma 1, le..b) D.Lgs. 163/2006 b), e, dall'altro, costituisce espressione del potere discrezionale rimesso dal legislatore alla stazione appaltante di individuare nel bando di gara uno o più dei requisiti di dimostrazione della capacità tecnica, fra quelli elencati nella medesima norma, senza che occorra una specifica motivazione, come sostenuto dall'istante. A ciò aggiungasi che la conoscenza dell'organizzazione e della qualificazione degli organi tecnici appare indispensabile nel caso di affidamento di un servizio delicato come quello di specie; né tale previsione appare contraddittoria con la contestata disposizione di cui all'art.8 del Capitolato speciale d'oneri succitato, in quanto mira a consentire all'Amministrazione di valutare le offerte sotto tutti i profili rilevanti.

Con riferimento alla segnalata incongruità del termine per la presentazione delle offerte, si osserva che la procedura in esame si colloca nell'ambito derogatorio definito dal combinato disposto degli artt.20 e 27 del Codice dei Contratti pubblici. Con riferimento a tali disposizioni la giurisprudenza amministrativa ha ribadito il rispetto, nel caso di affidamento di contratti pubblici aventi ad oggetto “servizi esclusi”, dei fondamentali principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, ma ha anche escluso l'illegittimità – sia pure con riferimento alla disciplina della valutazione delle offerte tecniche e di quelle economiche – delle disposizioni difformi dalle previsioni del Codice, ad eccezione degli artt.65, 68 e 225 dello stesso (cfr. Consiglio di Stato, sez.V, n.7470 del 13.10.2010; n.810 del 15.02.2010).

Con riferimento alla clausola dell'Avviso in questione (pubblicato il 24 agosto 2012), che ha previsto come termine di presentazione delle offerte la data del 5.09.2012, pur non potendosi non stigmatizzare la brevità dello stesso, e pur ribadendosi l'opportunità di una pubblicazione a livello comunitario “*quando il valore dell'appalto sia decisamente superiore alla soglia comunitaria*” (cfr AVCP Deliberazione n. 25 del 08.03.2012 cui si rinvia *per relationem*), si ritengono, comunque ragionevoli le argomentazioni del Comune di Orbetello in ordine all'urgenza e necessità di garantire il servizio oggetto dell'affidamento (asilo nido) entro il 12 settembre 2012 ed alla modalità (pubblicazione sul sito del Comune) con cui è stata data pubblicità all'Avviso di selezione. Né può pervenirsi a conclusioni opposte richiamando il disposto dell'art.70 del Codice dei contratti pubblici e i precedenti pareri n.69/2007 e n.168/2008 di questa Autorità, che riguardano fattispecie ben diverse.

Ed invero, il parere n.69/2007 concerne la più complessa procedura di project financing; in particolare, un caso in cui era stato peraltro omissis l'“avviso indicativo” di cui all'art.153, co.3, del

Codice dei contratti, nella versione previgente alle modifiche apportate dal D.Lgs. n.113/2007; il parere n.168/2008 riguarda invece una ipotesi in cui, a seguito delle integrazioni fornite dalla Stazione appaltante, che avevano modificato sostanzialmente la documentazione di gara, non era stata disposta una proroga del termine di presentazione delle offerte.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la clausola limitativa della partecipazioni violi i principi di massima partecipazione e di *par condicio*;
- la clausola che fissa i requisiti di capacità tecnica e professionale sia ragionevole e conforme alla disciplina codicistica;
- il termine per la presentazione delle offerte, considerate le ragioni di urgenza, appare congruo.

Il Consigliere Relatore: Luciano Berarducci

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 aprile 2013

Il Segretario Maria Esposito