

## **Parere n. 33 del 13/03/2013**

### **PREC 276/12/S**

OGGETTO: Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Codess Società Cooperativa Sociale e dal Comune di Sona (VR) – “Indagine di mercato propedeutica alla procedura negoziata per l’affidamento del servizio di assistenza domiciliare per persone anziane e inabili e per minori in difficoltà che dimorano nel territorio del Comune di Sona – anno 2013” – Importo a base d’asta €241.050,00 – S.A.: Comune di Sona (VR).

**Servizi esclusi all. II B D.Lgs. 163/2006. Disciplina applicabile.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 27 novembre 2012 è pervenuta l’istanza in epigrafe con la quale la Codess Società Cooperativa Sociale, attuale affidataria del servizio di assistenza domiciliare indicato in oggetto, ha chiesto un parere in merito alla legittimità della procedura negoziata indetta dal Comune di Sona ai fini dell’affidamento, per l’anno 2013, del medesimo servizio .

In data 31 dicembre 2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale il Comune di Sona ha chiesto un parere in merito alla necessità, nell’ambito della procedura in esame, della quantificazione degli oneri di sicurezza ex artt. 86, commi 3 bis e 3 ter e 87 co. 4 D.Lgs. 163/2006, da parte dei concorrenti.

In fatto, il Comune di Sona, con determinazione R.G. n. 886 del 09.10.2012, indicava una procedura negoziata per l’affidamento del servizio di assistenza domiciliare per persone anziane, inabili e per minori in difficoltà, pubblicando un avviso pubblico per lo svolgimento di un’indagine di mercato propedeutica alla procedura da esperire. Nel bando, l’amministrazione specificava che *“Nel caso in cui, a seguito della pubblicazione del presente avviso pubblico, pervenissero da parte degli operatori economici manifestazioni d’interesse in numero inferiore a 5, il Comune provvederà ad individuare altri operatori economici, fino ad arrivare ad un numero minimo complessivo di 5 operatori da invitare alla procedura negoziata, sempre che risultino sussistenti in tale numero soggetti idonei. Qualora il numero degli operatori economici che manifestano interesse fossero in numero superiore a 5, il Comune, tramite sorteggio, da effettuarsi da apposita Commissione in seduta pubblica, ne sceglierà almeno 5 e non più di 10. Il sorteggio verrà effettuato, qualora necessario, in seduta pubblica, il giorno 09.11.2012”*.

La ditta istante presentava domanda di partecipazione e, poiché il numero degli operatori economici partecipanti era superiore a 10 (pari a 15), l’amministrazione procedeva al sorteggio in seduta pubblica (verbale n. 1 del 09.11.2012). La Codess non veniva estratta tra i primi 10 concorrenti e, pertanto, non veniva ammessa alla prosecuzione della procedura.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 11 dicembre 2012 e 30 gennaio 2013, sono pervenute memorie della stazione appaltante, della ditta istante e della concorrente Sinergie Società Cooperativa Sociale Onlus.

#### *Ritenuto in diritto*

In ordine al quesito proposto dalla Codess Società Cooperativa Sociale, concernente la legittimità del sorteggio operato dalla stazione appaltante sulle domande presentate nell’ambito della procedura negoziata di cui in oggetto, si osserva quanto segue.

Sostiene l’istante che l’amministrazione avrebbe ristretto illegittimamente la concorrenza provvedendo al sorteggio ed escludendo poi la medesima ditta che doveva essere comunque

ammessa in quanto attuale gestore del servizio in oggetto e, quindi, portatrice di una posizione qualificata.

Occorre premettere che il servizio oggetto di gara rientra tra quelli previsti nell'allegato II B al D.Lgs. 163/2006 (cat. 25) e come tale è disciplinato dagli artt. 20 e 27 D.Lgs. 163/2006 a mente dei quali: art. 20 ("Appalti di servizi elencati nell'allegato II B") "1. L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)"; art. 27 ("Principi relativi ai contratti esclusi") "1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto".

Conseguentemente, l'amministrazione ha seguito correttamente la procedura di gara per come disciplinata dalle disposizioni su riportate che, nel prevedere una procedura di gara accelerata, garantiscono comunque la partecipazione di un numero congruo di operatori economici. Né possono considerarsi violati i principi generali che presidono alle pubbliche gare. In particolare, il principio di economicità è stato rispettato, posto che l'amministrazione ha predeterminato il numero massimo di operatori da selezionare, pur nel rispetto del numero minimo fissato per legge (n.5), ed anzi ha raddoppiato detto limite fino al numero di 10 operatori. Né d'altro canto è esigibile che la stazione appaltante possa svolgere una procedura negoziata con un numero eccessivo di concorrenti, posto che detta procedura si caratterizza per la speditezza, economicità ed informalità che altrimenti ne verrebbero frustrate. La selezione dei concorrenti da invitare, avvisati con idonea forma di pubblicità, è stata effettuata mediante sorteggio, in pubblica seduta, modalità, questa, che garantisce più di ogni altra l'imparzialità in quanto elimina l'intervento discrezionale da parte della stazione appaltante. Infine, per quanto riguarda la specifica posizione della ditta istante, precedente aggiudicataria del servizio, si richiama la pronuncia del T.A.R.

Lombardia Brescia, Sez. I, 15-04-2008, n. 372 secondo cui "In forza dell'attuale ordinamento, non può essere riconosciuta, in capo al precedente gestore (specie se affidatario a seguito di procedura negoziata), alcuna pretesa qualificata ad essere ulteriormente invitato alla successiva procedura negoziata ovvero a conoscere le ragioni dell'omesso invito. Va invece affermato il principio opposto, ossia che l'Amministrazione è tenuta a fornire una congrua motivazione nel caso in cui ritenga di estendere il nuovo invito anche al precedente gestore".

In ordine al quesito proposto dal Comune di Sona, concernente la necessità, nella procedura in esame, della quantificazione degli oneri di sicurezza ex artt. 86, commi 3 bis e 3 ter e 87 comma 4 D.Lgs. 163/2006, da parte dei concorrenti, si osserva quanto segue.

Trattandosi di appalto di servizi rientrante nell'all. II B del D.Lgs. 163/2006, il Consiglio ritiene che trovino applicazione, ai sensi degli artt. 20 e 27 del Codice dei Contratti Pubblici, unicamente le disposizioni ed i principi in questi richiamati. D'altro canto, anche il Cons. Stato Sez. V, 06-08-2012, n. 4510, con riferimento ad un appalto indetto per l'affidamento del servizio di refezione scolastica ha stabilito che "Nel caso di specie ci si trova dinanzi ad un appalto di servizi ricadente nell'allegato II B al D.Lgs. n. 163 del 2006, materia cui non sono applicabili le comuni norme del Codice dei contratti pubblici, bensì, a norma di *lex specialis*, solo quelle costituenti espressione dei pertinenti principi generali".

Nella fattispecie in esame, la lettera di invito, all'art. 5, stabilisce che "Sarà cura della stessa ditta individuare come necessari costi aggiuntivi (apprestamenti di sicurezza od altro) per attuare le misure di prevenzione e protezione atte ad eliminare e/o ridurre i rischi di interferenza, pertanto i costi di sicurezza sono da quantificare a cura dell'appaltatore ed attualmente vengono stimati da questo Comune pari ad euro 0,00".

Pertanto, la *lex specialis* di gara aveva specificamente indicato il costo per la sicurezza che era

stato stimato pari a zero, rendendo così noto che la valutazione da interferenze era stata comunque svolta dalla stazione appaltante, anche se soltanto per escluderne l'esistenza e rimettendo al concorrente l'obbligo di indicare un diverso costo, solo ove, e nel caso in cui, avesse ritenuto sussistente un onere per la sicurezza.

Si ricordi, a tal proposito, che con Deliberazione di questa AVCP n. 10 Adunanza del 25 Febbraio 2010, è stato affermato, proprio con riferimento ai costi relativi alla sicurezza, che *“Sulla questione si deve richiamare sia l'art. 26 comma 6 del D.Lgs. 81/2008 sia l'art. 86 comma 3-bis del codice, i quali stabiliscono che nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato. Come anche richiamato dalla Determinazione 3/2008 dell'Autorità, ciò significa che nella predisposizione delle gare, cioè dei bandi e della documentazione, il costo per la sicurezza deve essere specificamente indicato, separato dalla base d'asta, anche se pari a zero”*.

Conseguentemente, se ne deve dedurre che le ditte partecipanti che non hanno indicato il costo per la sicurezza hanno ritenuto di condividere la valutazione della stazione appaltante stimando il costo per la sicurezza pari a zero. In altre parole, hanno reso noto che la valutazione da interferenze è stata svolta ed esclusa.

Ne deriva che la stazione appaltante non potrebbe legittimamente disporre l'esclusione delle ditte che non hanno indicato i costi di sicurezza.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la procedura di gara negoziata sia stata legittimamente svolta e che il sorteggio sia ammissibile ai sensi degli artt. 20 e 27 D.Lgs. 163/2006; inoltre, ritiene che, rientrando la procedura in esame tra quelle di cui all'all. II B D.Lgs. 163/2006, non siano applicabili gli artt. 86, commi 3 bis e 3 ter e 87 co. 4 D.Lgs. 163/2006 e che dunque i concorrenti non fossero tenuti alla indicazione degli oneri di sicurezza, ove, ai sensi della *lex specialis* di gara, condividessero la valutazione della stazione appaltante che aveva stimato il costo per la sicurezza pari a zero.

Il Consigliere Relatore: Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 marzo 2013*

Il Segretario Maria Esposito