

## **Parere n.39 del 27/03/2013**

### **PREC 283/12/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 Catanzaro – “*Procedura aperta per l'appalto del servizio di custodia, conduzione e manutenzione della rete idrica comunale – Periodo mesi dodici – categoria servizio 27*” – Data di pubblicazione del bando: 30.12.2011 – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d'asta: euro 833.966,09 – S.A.: Comune di Catanzaro.

**Capacità tecnica e professionale dei prestatori di servizi. Art. 42 d.lgs. n. 163/2006.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Ritenuto in fatto*

In data 26 novembre 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Catanzaro ha chiesto un parere in merito alla legittimità della aggiudicazione provvisoria disposta in favore dell'ATI COOP: SOCIALE ESISTERE (capogruppo) – PEGASO SOC. COOP. SOCIALE (mandante) – I.C.G. Impresa Costruzioni Generali srl (mandante) nell'ambito della gara indetta per l'affidamento del servizio di custodia, conduzione e manutenzione della rete idrica comunale di cui all'oggetto. In particolare, la stazione appaltante fa presente che “*a seguito della verifica dei requisiti, ex art. 48 d.lgs. n. 163/2006, per altra analoga gara, pervenivano le note del Comune di Ragusa dalle quali è emerso che le ditte componenti l'ATI non hanno i requisiti previsti dal punto 4. del disciplinare in quanto non hanno realizzato un servizio analogo di pari importo a quello posto a base di gara*”.

Il punto 4) del disciplinare di gara richiedeva, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica e professionale, oltre all'elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni per pubblica amministrazione, anche “*l'esecuzione di un servizio analogo a quello oggetto della gara, svolto per conto di pubblica amministrazione, di importo non inferiore a quello a base d'asta*”. Dall'esame della documentazione pervenuta al Comune di Catanzaro, è emerso che l'importo massimo per il triennio 2008/2010 svolto dalle predette cooperative in ATI per un singolo servizio è pari a € 433.049,50, inferiore all'importo a base d'asta del servizio da affidare.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 21 dicembre 2012, a conferma della legittimità del provvedimento di aggiudicazione disposto in proprio favore, l'ATI in parola ha richiamato la deliberazione di questa Autorità n. 69 del 6.7.2011 relativa ai cc.dd. “*servizi di punta*”.

#### *Considerato in diritto*

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della aggiudicazione provvisoria disposta nei confronti dell'ATI COOP: SOCIALE ESISTERE (capogruppo) – PEGASO SOC. COOP. SOCIALE (mandante) – I.C.G. Impresa Costruzioni Generali srl (mandante), che non sarebbe in possesso del requisito di capacità tecnica e professionale richiesto dalla stazione appaltante.

Ai fini della risoluzione del caso di specie, va considerato l'insieme coordinato dei seguenti elementi.

1. Il servizio in oggetto rientra nella categoria 27 di cui all'allegato II B del D.lgs. n. 163/2006.
2. L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è assoggettata, solo in parte, all'applicazione del D.Lgs. n. 163/200, ai sensi della Parte I, Titolo II, art. 20, comma 1, allo scopo di rendere maggiormente flessibile tale settore caratterizzato da un

estremo dinamismo.

3. L'art. 46, comma 1-bis (inserito dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70) dispone, per quanto ne occupa, che *“la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti...i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*; da ciò si ricava agevolmente che i disciplinari di gara devono essere aderenti alla *ratio* ispiratrice di tale novella, refrattaria a qualunque forma di indebito restringimento della concorrenza.

4. L'art. 42, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006, concernente in generale la *“capacità tecnica e professionale dei prestatori di servizi”*, dispone che *“negli appalti di servizi la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza...dei servizi: a) presentazione dell'elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi stessi; se trattasi di servizi prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; se trattasi di servizi prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente”*.

Al riguardo vale rilevare che la stazione appaltante vanta un apprezzabile margine di discrezionalità nel chiedere requisiti di capacità tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli indicati nella disciplina richiamata, ma 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, 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).

Nel caso di specie, quindi, l'esame dell'operato della stazione appaltante va condotto tenendo conto del particolare oggetto dell'appalto da affidare: custodia, conduzione e manutenzione della rete idrica comunale e, proprio a causa di una serie di specificità e complessità che caratterizzano il servizio in oggetto, il Comune di Catanzaro ha ritenuto di richiedere, requisiti più restrittivi e rigorosi di quelli previsti dall'art. 42 del d.lgs. n. 163/2006. Tali ulteriori requisiti, che, come sopra specificato, sono costituiti dai cc.dd. *“servizi di punta”*, non sembrano porsi in violazione con i principi di proporzionalità e ragionevolezza. In particolare, non è richiesto dalla documentazione di gara che detti servizi di punta debbono essere identici a quelli da affidare, richiedendo la stazione appaltante *l'esecuzione di un servizio analogo a quello oggetto della gara, svolto per conto di pubblica amministrazione, di importo non inferiore a quello a base d'asta*.

Da quanto sopra si deduce, quindi, che la *lex specialis* di gara ha come obiettivo quello di far partecipare alla gara concorrenti che abbiano l'esperienza e la competenza di gestire le complessità tecniche proprie del servizio che si intende affidare (cfr. parere di precontenzioso n. 58 del 07.05.2009).

Inoltre, la giurisprudenza, in materia di enucleazione dei requisiti di accesso alle gare, ha recentemente osservato che *“Mediante il contratto di punta la Stazione appaltante seleziona a priori la partecipazione di concorrenti con un certo grado di esperienza, comprovata dall'aver svolto singoli servizi di un rilievo economico certo complessivamente considerati, con l'avvertenza che il valore e la durata di questo singolo contratto devono essere stabiliti con carattere di proporzionalità e di adeguatezza rispetto alla tipologia e all'oggetto della prestazione per la quale è stata indetta la gara”* (cfr. TAR Milano, Sez. I, n. 1356 del 15 maggio 2012).

Pertanto, il requisito imposto dal Comune di Catanzaro, si presenta in rapporto di corretta proporzione con l'oggetto dell'appalto e per nulla illogico o incongruente rispetto al fine pubblico

della gara.

Per tutto quanto precede, si ritiene che il requisito speciale in contestazione andava dimostrato, riflettendo esso un dato esperienziale sintomatico della complessità del servizio da affidare, a nulla rilevando la circostanza che detto servizio rientrasse nella categoria 27 di cui all'allegato IIB.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il requisito di partecipazione oggetto di contestazione, e non posseduto dall'ATI COOP: SOCIALE ESISTERE- PEGASO SOC. COOP. SOCIALE - I.C.G. Impresa Costruzioni Generali srl, comprometta la legittimità della disposta aggiudicazione, secondo la normativa di settore.

Il Consigliere Relatore : Alfredo Meocci

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 aprile 2013

Il Segretario Maria Esposito