

Parere n.98 del 5/06/2013

PREC 75/13/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dall'Azienda USL Roma B – Affidamento del servizio di gestione della camera mortuaria dell'Ospedale Sandro Pertini per un periodo di 12 mesi - Importo a base d'asta €150.000,00 - S.A.: Azienda USL Roma B.

Art. 42 del d.lgs. n. 163/2006 requisiti di capacità tecnico professionale dei prestatori di servizi
– Art. 86 del d.lgs. n. 163/2006 giudizio di congruità dell'offerta.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con distinte istanze, pervenute rispettivamente il 14 marzo e il 10 aprile 2013, l'Azienda USL Roma B ha sottoposto all'Autorità alcuni quesiti inerenti l'operato della Commissione giudicatrice in relazione alla esclusione di due ditte dalla gara in oggetto e al giudizio di congruità espresso dalla Commissione medesima su un'offerta sottoposta a verifica di anomalia ai sensi dell'art. 86 comma 1 del d.lgs. n. 163/2006.

In particolare, il parere richiesto dalla stazione appaltante verte sui seguenti profili:

- a. legittimità delle esclusioni disposte dalla Commissione giudicatrice nei confronti delle imprese Lorenzetti Massimo e Servizi Mortuari Integrati SEMI per rilevata mancanza del requisito di capacità tecnico professionale dei servizi analoghi, carenza questa dedotta dalla Commissione dai certificati camerali delle due ditte, nei quali figurano attività giudicate non analoghe a quelle dedotte in contratto;
- b. congruità delle giustificazioni presentate dall'impresa Cattolica 2000 S.r.l. che, sottoposta a verifica di anomalia ai sensi dell'art. 86 comma 1 del d.lgs. n. 163/2006, ha giustificato l'offerta (euro 35.800,00) sulla base dell'impiego nel servizio di un socio lavoratore cui verrebbe corrisposto un ammontare mensile di euro 1.000,00, e in quanto tale retribuito al di sotto dei minimi tariffari previsti dal CCNL di categoria. In sintesi, la stazione appaltante chiede all'Autorità di esprimere un parere sulla possibilità che un socio lavoratore percepisca per l'appalto una retribuzione inferiore ai minimi tariffari previsti nel CCNL di categoria.

A seguito dell'istruttoria procedimentale, formalmente avviata il 17 aprile 2013, ha controdedotto la Cattolica 2000 S.r.l. con nota acquisita il 13 maggio 2013, evidenziando la congruità dell'offerta economica presenta in gara, atteso che la prestazione del socio dovrebbe essere qualificata in termini di prestazione d'opera, non riconducibile pertanto nella categoria di lavoro subordinato, con conseguente inapplicabilità nel caso specifico di un qualunque CCNL di categoria.

Con nota acquisita il 30 aprile 2013 ha inoltre controdedotto la Soc. SEMI, evidenziando l'illegittimità dell'esclusione disposta nei suoi confronti stante l'idoneità dell'oggetto sociale riportato nel certificato della C.C.I.A.A. a soddisfare il requisito del servizio analogo richiesto dal bando, consistendo esso nella “...*gestione per conto di enti pubblici e/o privati di obitori, sale commiato, cimiteri, forni crematori, decessi, bonifica dei luoghi, recupero e trasporto di salme ed attività di qualsiasi tipologia di servizi inerenti detti settori*”.

Ritenuto in diritto

Viene all'esame dell'Autorità la procedura aperta sotto soglia comunitaria indetta dall'Azienda USL Roma B ai sensi dell'art. 124 del d.lgs. n. 163/2006 per l'affidamento del servizio di gestione della camera mortuaria del presidio ospedaliero Sandro Pertini, per un periodo di dodici mesi, da aggiudicare al prezzo più basso, per l'importo complessivo a base di gara di euro 150.000,00.

La stazione appaltante pone all'Autorità quesiti che investono, almeno in parte, profili di elevata discrezionalità tecnica non sindacabili se non per palesi illogicità e/o contraddittorietà dell'iter decisionale seguito dalla Commissione giudicatrice.

Con riferimento alla questione inerente la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti dei due operatori economici (Lorenzetti Massimo e Servizi Mortuari Integrati SEMI) che, a giudizio della Commissione, non hanno superato il vaglio di sussistenza dei requisiti di capacità tecnico professionale del servizio analogo, si ritiene che tale requisito non risulta delineato né nella *lex specialis* di gara, né prescritto dalla legge a pena di esclusione.

L'art. 6 del capitolato speciale d'oneri, infatti, nell'elencare le condizioni e i requisiti minimi di partecipazione alla gara, non prevede il requisito dei pregressi servizi analoghi ma si limita, per quanto qui di interesse, a prescrivere genericamente la "*regolare iscrizione alla C.C.I.A.A. territorialmente competente...*" senza peraltro specificare che la detta iscrizione debba essere posseduta per una determinata attività ovvero che l'iscrizione medesima debba riportare espressamente determinate classificazioni.

Come peraltro precisato dalla stessa stazione appaltante nella memoria allegata all'istanza, "*l'unico limite alla partecipazione rinvenibile dagli atti di gara è costituito dalla previsione di **svolgimento di attività analoghe**, come richiesto nel modulo della dichiarazione sostitutiva allegata al capitolato speciale d'oneri*".

Invero, dall'esame della documentazione acquisita agli atti del presente procedimento risulta che l'All. 1 al capitolato d'oneri, intitolato "*Modello dichiarazione sostitutiva attestante il possesso dei requisiti*", richiede a pag. 7 - quale requisito di idoneità professionale di cui all'art. 39, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006- l'indicazione degli estremi di iscrizione al Registro delle Imprese tenuto dalla C.C.I.A.A. competente per territorio con specificazione delle prestazioni analoghe a quelle messe in gara.

È evidente che, pur in assenza di un'espressa clausola che commini l'esclusione dalla gara per il caso di mancata indicazione o di inidonea indicazione delle prestazioni in argomento, deve dedursi la piena operatività della sanzione escludente laddove la Commissione giudicatrice deputata all'accertamento dei requisiti di partecipazione pervenga alla conclusione della insussistenza degli stessi, purché dia congrua motivazione delle ragioni sottese all'esclusione.

Nel caso di specie il bando di gara rimanda, ai fini dell'individuazione dei requisiti di capacità tecnica dei prestatori ammessi alla gara, al capitolato speciale d'oneri, il cui All. 1 deve ritenersi quale parte integrante dello stesso, con la conseguenza che il possesso del requisito dei servizi analoghi deve intendersi a pena di esclusione.

Tuttavia, l'esclusione dalla gara è stata disposta a seguito di un giudizio di inidoneità professionale maturato dalla Commissione non sulla base delle prestazioni analoghe indicate dai concorrenti nel modulo dichiarativo, bensì in ragione delle risultanze delle visure camerali acquisite in atti.

In altri termini, la Commissione ha elaborato il proprio giudizio di inidoneità dell'offerente esclusivamente in base ai codici ATECO (ATTività ECONomiche) ricavati dalle visure camerali delle due ditte che, in quanto riferiti ad attività diverse da quelle oggetto di affidamento, hanno indotto la Commissione medesima a deliberarne l'esclusione, senza peraltro che quest'ultima abbia altresì considerato l'oggetto sociale indicato in visura.

Le ditte Lorenzetti Massimo e SEMI presentavano classificazioni ATECORI diverse dalle attività proprie delle classificazioni n. 96.03 (Servizi di pompe funebri e attività connesse) e n. 96.09.09 (Altre attività di servizi per la persona nca), che invece la medesima Commissione ha giudicato analoghe a quelle oggetto di gara.

La visura camerale della Lorenzetti Massimo, infatti, riportava codici ATECORI n. 23.70.2

(Lavorazione artistica del marmo e pietre affini); n. 47.78.93 (Commercio al dettaglio di articoli funerari e cimiteriali) e n. 47.78.36 (Commercio al dettaglio chincaglieria e bigiotteria). La visura camerale della SEMI, invece, riportava i codici n. 82.19.09 (Servizi di fotocopiatura, preparazione documenti e altre attività di supporto) e n. 74.85.1 (Servizi di segreteria).

I codici ATECO sono dei codici alfanumerici che, nel loro insieme, costituiscono la classificazione nazionale delle attività economiche italiane realizzata ed aggiornata ogni 5 anni dall'ISTAT (Istituto di Statistica Italiano).

Si tratta di codici identificativi alfanumerici (composti da lettere e numeri) che classificano le imprese quando entrano in contatto con le pubbliche istituzioni e quando dialogano tra loro. Essi non vengono assegnati dal Registro delle Imprese a fini certificativi dell'attività ma a fini meramente statistici.

Ne deriva che la Commissione non avrebbe potuto fondare un giudizio di inidoneità professionale dei concorrenti esclusivamente sulla base dei detti codici, salvo espressa indicazione di bando, qui assente, che avrebbe dovuto comunque essere supportata da ulteriori prescrizioni integrative per non sconfinare nell'arbitrarietà di giudizio.

Nel caso di specie, il requisito dell'idoneità professionale richiesto dall'art. 6 del capitolato speciale d'onere deve considerarsi sufficientemente soddisfatto in presenza di una regolare iscrizione alla C.C.I.A.A. territorialmente competente, mentre quello della capacità tecnico professionale doveva desumersi non dai codici ATECO della visura camerale, il cui oggetto peraltro è in linea con le prestazioni dedotte in contratto, bensì dall'esame delle dichiarazioni rese dal concorrente nell'apposito modello nella parte dedicate allo svolgimento di attività analoghe.

Ai fini della prova del detto requisito, poi, avrebbe trovato piena applicazione l'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, che disciplina appunto la procedura di accertamento dei requisiti di ordine speciale, ossia quelli di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, tra i quali devono essere ricondotti anche i requisiti di capacità tecnica relativi ai pregressi "servizi analoghi", nei limiti di quanto previsto nella *lex specialis* di gara.

Ad avviso di questa Autorità l'esclusione delle due ditte sopra richiamate si appalesa illegittima sotto il profilo motivazionale, perché disposta sulla base di documentazione che non ha portata certificativa dell'attività effettivamente esercitata dall'impresa, e come tale inidonea a comprovare il possesso del requisito di capacità tecnico professionale dei servizi analoghi.

Passando al secondo profilo, inerente il giudizio di congruità dell'offerta presentata dall'impresa Cattolica 2000 S.r.l., si ritiene che il parere richiesto dalla stazione appaltante esuli, quantomeno in parte, dalla funzione di precontenzioso di cui all'art. 6, comma 7, lett. n), del d.lgs. n. 163/2006, in quanto il quesito non è posto per ottenere un'ipotesi di soluzione a scopo deflattivo del contenzioso, bensì è palesemente finalizzato ad ottenere un giudizio sostitutivo di congruità in luogo di quello riservato alla Commissione giudicatrice.

Si chiede all'Autorità di esprimere un parere sulla sostenibilità economica dell'offerta presentata da un operatore economico (Cattolica 2000 S.r.l.) in relazione alla congruità delle giustificazioni da quest'ultimo fornite a sostegno dell'offerta medesima.

Più in dettaglio, si chiede se sia congrua l'offerta economica pari ad euro 35.800,00 giustificata dall'offerente in ragione dell'utilizzo nell'appalto di un socio lavoratore che, non assumendo la posizione di lavoratore subordinato bensì quella di prestatore d'opera, consente all'impresa di formulare un significativo ribasso sull'importo a base d'asta, essendo quest'ultimo retribuito in misura inferiore ai minimi tariffari del CCNL di riferimento, non applicabili quindi al caso di specie.

In linea con il principio codificato dall'art. 55 della direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE, secondo cui i concorrenti devono avere la possibilità di dimostrare in concreto qualunque circostanza (di diritto e di fatto) che permetta loro la riduzione dei costi, si ritiene che nel caso in esame sia astrattamente ammissibile il giudizio di congruità dell'offerta in argomento purché adeguatamente supportato da idonea motivazione che tenga in debito conto la tipologia delle prestazioni da eseguire, nonché i costi della sicurezza di natura interferenziale e quelli da rischio specifico (o

aziendale) che ai sensi degli artt. 86 e 87 del Codice devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche del servizio appaltando. Come già osservato da questa Autorità nel parere di precontenzioso n. 114 del 19 luglio 2012, tuttavia, compete alla stazione appaltante il giudizio tecnico sulla congruità, serietà e realizzabilità dell'offerta, non essendo ammissibile che l'Autorità eserciti un sindacato nel merito con effetto sostitutivo nell'esercizio del potere di valutazione delle giustificazioni, che deve in ogni caso essere improntato a criteri di ragionevolezza, logicità e proporzionalità (cfr. A.V.C.P., parere 20 ottobre 2010 n. 173).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che

- l'esclusione degli operatori economici Lorenzetti Massimo e Servizi Mortuari Integrati SEMI sia illegittima sotto il profilo motivazionale, perché disposta sulla base di documentazione, codici ATECO riportati nelle visure camerali acquisite in atti, che non ha portata certificativa dell'attività effettivamente esercitata dall'impresa e come tale inidonea a comprovare il possesso del requisito di capacità tecnico professionale dei servizi analoghi;
- compete alla stazione appaltante il giudizio tecnico sulla congruità, serietà e realizzabilità dell'offerta, non essendo ammissibile che l'Autorità eserciti un sindacato nel merito con effetto sostitutivo nell'esercizio del potere di valutazione delle giustificazioni, che deve in ogni caso essere improntato a criteri di ragionevolezza, logicità e proporzionalità.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 giugno 2013

Il Segretario Maria Esposito