

Parere n.51 del 30/9/2014

PREC 92/14/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata dalla Pizzamiglio Andrea S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di “Raccolta e trasporto degli RSU, raccolta differenziata e servizi connessi alla gestione dei rifiuti, spazzamento manuale e meccanizzato del suolo pubblico, gestione piattaforma ecologica”– Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 5.358.730,75 – S.A.: Comune di Opera (MI)

Esclusione per carenza di un requisito speciale di partecipazione previsto dalla lex specialis di gara.

I requisiti speciali di partecipazione costituiscono i presupposti di natura sostanziale per la partecipazione alla gara cosicché la carenza degli stessi si traduce necessariamente nell'esclusione dalla procedura anche in assenza di una espressa previsione della lex specialis di gara.

Art. 42, d.lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 24 marzo 2014 è pervenuta l'istanza di parere con la quale la Pizzamiglio Andrea S.r.l. solleva talune perplessità circa la legittimità della propria esclusione dalla gara indetta dal Comune di Opera per l'affidamento del servizio descritto in epigrafe.

L'istante ha evidenziato, in primo luogo, che, nella seduta del 19 febbraio 2014, è stata esclusa dalla procedura con la seguente testuale motivazione: “non risulta in possesso del requisito di partecipazione previsto dall'art. 2, lett. d) del disciplinare di gara, in particolare lo svolgimento di servizi identici in un comune avente popolazione uguale o superiore a 10.000 abitanti che abbia una percentuale di raccolta differenziata pari o superiore al 50 %”.

La disposta esclusione sarebbe in violazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. 163/2006, in assenza della espressa sanzione escludente sia nell'ambito della legge di gara che della disciplina generale contenuta nel codice dei contratti pubblici; inoltre il requisito di partecipazione in oggetto fungerebbe anche da elemento di valutazione delle offerte, così dando luogo ad una indebita commistione tra profili differenti ed inconciliabili.

All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 16 aprile 2014, ha fatto seguito la memoria della stazione appaltante del 28 aprile 2014, con la quale quest'ultima evidenzia che la previsione di bando applicata sarebbe tale da configurare un requisito speciale di qualificazione dalla cui mancanza non può non conseguire che l'esclusione dalla gara, anche in assenza di una specifica previsione escludente rientrando nella propria discrezionalità la scelta di prevedere requisiti di capacità tecnica più stringenti di quelli previsti dal legislatore.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto in applicazione della lex specialis, laddove impone il possesso dei requisiti speciali di partecipazione in relazione al servizio in appalto.

In particolare, l'art. 2 del disciplinare di gara, posto a fondamento del provvedimento di esclusione, stabilisce, in tema di “requisiti di partecipazione” che “Le Imprese che intendono partecipare alla procedura aperta dovranno possedere i seguenti requisiti:... lett. d) avere svolto dal giorno 1.1.2010, in modo continuativo e ottimale, servizi identici in Comuni o Consorzi di Comuni con un numero di abitanti complessivi superiore a 20.000, di cui almeno un Comune avente popolazione pari o superiore a 10.000 abitanti che abbia una percentuale di raccolta differenziata pari o superiore al 50%”.

A fronte di tale chiara e inequivoca previsione della *lex specialis* l'istante contesta la legittimità della disposta esclusione, evidenziando che la stessa non è corredata da alcuna sanzione escludente, nemmeno rinvenibile nel più ampio contesto della disciplina generale in materia di appalti pubblici, di guisa che il provvedimento adottato sarebbe in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione introdotto dall'art. 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006.

La tesi dell'istante non si ritiene condivisibile.

In primo luogo, non assume rilievo la mancata apposizione della classica formula "a pena di esclusione" a corredo della citata previsione di gara, in quanto, come evidenziato dalla stazione appaltante nella memoria di controdeduzioni trasmessa, la clausola del disciplinare in esame individua i requisiti speciali di partecipazione alla gara, ed in particolare quello esperienziale, che sono le predisposte condizioni di accesso alla procedura.

I requisiti speciali di partecipazione costituiscono i presupposti di natura sostanziale per la partecipazione alla gara cosicché la carenza degli stessi si traduce necessariamente nell'esclusione dalla procedura (in tal senso, il bando-tipo approvato con Determinazione n. 4/2012; parere di precontenzioso n. 153/2013).

Circa la necessità di possedere il requisito risultato mancante non è dato dubitare anche in considerazione dello stesso tenore dell'applicata previsione del disciplinare, in quanto l'uso della formula lessicale "dovranno possedere" lascia chiaramente intendere che la mancanza dei requisiti richiesti non può che determinare l'esclusione dalla gara.

La ritenuta infondatezza, sotto tale profilo, della tesi esposta dall'istante non impedisce, però, di verificare la compatibilità della previsione della legge di gara rispetto al principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 163/2006 ai sensi del quale: "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, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Al riguardo, nella Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 è stato osservato che "Le stazioni appaltanti, anche nel mutato quadro normativo, fatto salvo quanto più oltre precisato in relazione agli appalti di lavori pubblici, individuano quali requisiti speciali di partecipazione devono possedere i candidati o i concorrenti, tenendo conto della natura del contratto ed in modo proporzionato al valore dello stesso; in ogni caso, detti requisiti non devono essere manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici ovvero lesivi della concorrenza" (cfr. punto 2.2). Quindi, la determinazione dei requisiti speciali di partecipazione esorbita dal perimetro applicativo dell'invocato art. 46, comma 1-bis, del Codice non potendosi ricondurre alla pedissequa applicazione di precise disposizioni normative, riflettendo piuttosto una discrezionalità che costituisce irrinunciabile prerogativa della stazione appaltante, sia pure nel rispetto degli anzidetti limiti, posti a tutela del confronto concorrenziale. A tale specifico riguardo, occorre rilevare che la previsione di *lex specialis* in esame va ricondotta alla previsione di cui all'art. 42, comma 1, lett. a), del d.lgs. 163/2006 laddove statuisce che "Negli appalti di servizi e forniture 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 e dell'uso delle forniture o dei servizi: a) presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi; se trattasi di servizi e forniture 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 e forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente".

L'individuazione del dato esperienziale può postulare l'espletamento sia di servizi analoghi sia, come nel caso di specie, identici a quello in appalto.

Si è ribadito in giurisprudenza (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 5 febbraio 2014, n. 380) che se negli appalti pubblici di servizi, le stazioni appaltanti sono legittimate, in forza della disposizione di cui all'art. 42 comma 1, lett. a), del Codice dei contratti pubblici, a prescrivere requisiti di partecipazione che si sostanziano nel comprovato svolgimento di servizi analoghi a quello che forma l'oggetto della gara, onde conseguire la preventiva dimostrazione in ordine all'affidabilità del concorrente con riguardo alle prestazioni contrattuali, è vero anche che, secondo un principio condiviso, nell'individuazione di tali requisiti, le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità che implica la possibilità di richiedere che sia dimostrato lo svolgimento di servizi, non solo analoghi, ma specificamente identici a quello che forma oggetto della gara, purché tale scelta si appalesi proporzionata rispetto agli scopi perseguiti in concreto. Proprio con riferimento al caso in cui una stazione appaltante ha richiesto l'espletamento di servizi identici a quello in appalto come requisito afferente alla capacità tecnica, è stato affermato che "L'adeguatezza e la proporzionalità dei requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche, con particolare riguardo alla capacità tecnica, deve essere valutata con riguardo non solo al mero importo economico della base di asta di cui al bando ma anche, e soprattutto, all'oggetto concreto dell'appalto in gara con riferimento in particolare alle sue specifiche peculiarità e la capacità tecnico organizzativa afferente ai servizi in pregresso prestati, di cui alla lett. a) del comma 1 dell'art. 42, d.lgs. n. 163 del 2006, non solo analoghi ma anche specificamente identici, garantisce effettivamente all'Amministrazione l'affidabilità contrattuale del proprio interlocutore con riguardo alle prestazioni oggetto di affidamento" (cfr. T.A.R. Lazio, sez. II, 08 giugno 2012, n. 5221).

Deve conclusivamente ritenersi che il requisito imposto dalla disciplina di gara sia conforme ai menzionati principi di proporzionalità, logicità, razionalità e ragionevolezza e, pertanto, le perplessità sollevate vanno fugate.

La enucleazione dei requisiti speciali di partecipazione alla gara incontra però un limite, in quanto "secondo consolidati principi comunitari e giurisprudenziali, in linea generale, i requisiti di partecipazione devono rimanere distinti dai criteri di aggiudicazione, pena la violazione del principio di parità di trattamento" (cfr. determinazione 4/2012, punto 2.2. cit.).

L'istante osserva che il requisito in oggetto è richiamato dall'art. 5 dello stesso disciplinare di gara, per tal via non solo ingenerando incertezza nei concorrenti ma anche operando l'indebita commistione tra valutazione delle offerte e requisiti di partecipazione.

Invero, l'art. 5, punto 1 del disciplinare, a proposito dei criteri di valutazione delle offerte, stabilisce che il "Numero di servizi identici, come definiti al comma d) dell'art. 2, relativi ad un'utenza servita maggiore di 10.000 abitanti residenti presso i quali è stata raggiunta una percentuale di raccolta differenziata maggiore del 50% in almeno uno degli anni 2010-2011-2012: - 4 o più servizi identici punti 6 - 3 servizi identici punti 3 - 2 servizi identici punti 1 - 1 servizio identico punti 0".

I due aspetti, almeno in linea tendenziale, devono essere distinti.

In tal senso il Consiglio di Stato (sez. V, sent. n. 4191/2013) secondo cui "Nelle gare pubbliche è indebito includere, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), anziché alla qualità dell'offerta, alla luce dei principi ostativi ad ogni commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive, ove presentate da imprese comunque affidabili, anche allo scopo di dare applicazione al canone della par condicio, vietante asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo; di qui la necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli pertinenti all'offerta ed all'aggiudicazione, non potendo rientrare tra questi ultimi i requisiti soggettivi in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sull'espletamento dello specifico servizio da aggiudicare" (cfr. Consiglio di Stato).

Tuttavia, nel caso di specie, la pur contestata indebita commistione tra profili diversi non assume

alcun rilievo ai fini della legittimità dell'esclusione disposta ai danni dell'istante, in quanto la previsione contenuta nell'art. 5 del disciplinare non inficia la univocità e chiarezza della previsione di cui all'art. 2 lett. d) in ordine al requisito di partecipazione richiesto e la cui mancanza, per le anzidette ragioni, non può non precludere la partecipazione alla gara.

In base a tutto quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara della Pizzamiglio Andrea S.r.l. sia conforme alla lex specialis e alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 ottobre 2014
Il Segretario Maria Esposito