

Parere n.29 del 12/3/2015

PREC 154/14/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata dall'Impresa Cooperativa Sociale C.A.P.S. a r.l. Onlus – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di “Pronto Intervento Sociale” - Importo a base di gara: euro 118.008,00 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Comune di Giovinazzo (BA)

Requisiti di capacità economica e finanziaria

Il requisito di capacità economica e finanziaria previsto dalla *lex specialis* di gara e relativo al fatturato specifico costituisce presupposto di natura sostanziale per la partecipazione alla procedura con l'effetto che la mancata comprova dello stesso si traduce necessariamente nell'esclusione dalla procedura, ferma restando la facoltà prevista in capo al concorrente dall'art. 41, comma 3, d.lgs. 163/2006 di presentare qualsiasi altro documento, anche di natura contabile, che possa essere ritenuto idoneo dalla stazione appaltante al fine di comprovare il requisito richiesto.

Art. 41, d.lgs. 163/200

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza presentata in data 15.05.2014 l'impresa cooperativa sociale C.A.P.S. a r.l. Onlus ha domandato un parere con riferimento alla gara indetta dal Comune di Giovinazzo per l'affidamento del servizio di “Pronto Intervento Sociale”, in particolare domandando se sia legittimo l'operato della commissione di gara che deliberava di ammettere alla procedura l'impresa cooperativa Shalom a r.l. Onlus, cui l'appalto veniva aggiudicato, nonostante l'impresa non avesse comprovato il possesso del requisito di capacità economica e finanziaria relativo al fatturato specifico.

Come previsto all'art. 1 del bando di gara, l'appalto ha come oggetto la «gestione del servizio di Pronto Intervento Sociale. Categoria di servizio: 25 – Denominazione: servizi di Assistenza Sociale non prestati da istituti residenziali».

Il punto 6.3) del bando di gara richiede il possesso del seguente fatturato specifico: «Il concorrente deve avere realizzato nell'ultimo triennio (2009-2011), nel servizio oggetto di gara, un fatturato specifico pari a Euro 59.040,00 ... attestato da Enti Pubblici».

Nel corso della procedura di gara, la cooperativa Shalom esibiva due attestazioni comprovanti fatturati relativi a contratti di appalto aventi ad oggetto la categoria di servizi assistenziali prevista dal bando, incluso lo specifico servizio di Pronto Intervento Sociale: 1) l'attestazione rilasciata dal Comune di Barletta concernente la gestione del centro sociale polivalente per anziani del Comune di Barletta, ricomprendente una serie di prestazioni socio assistenziali e ricreative, tra cui il servizio di Pronto Intervento Sociale per anziani, per gli anni 2008-2011 e per un importo complessivo di circa euro 700.000,00 iva esclusa; 2) l'attestazione del dirigente dell'ambito territoriale per la gestione associata di servizi sociali di diversi Comuni, tra cui il Comune di Altamura come capofila, concernente la gestione in ATI al 78% da parte della società Shalom di due centri sociali polivalenti per anziani, dove tra i diversi servizi sociali prestati risulta anche il servizio di Pronto Intervento, per un importo complessivo di euro 80.048,07 iva esclusa per l'anno 2011. Su richiesta della commissione di gara che valutava come non comprovati i fatturati specifici per il servizio in gara sulla base delle attestazioni agli atti, con ulteriore attestazione il Comune di Barletta specificava l'importo del fatturato specifico riferito al servizio di pronto intervento sociale in euro 36.497,04, mentre il Comune di Altamura dichiarava l'impossibilità di scorporare il fatturato specifico riferito al singolo servizio di Pronto Intervento sociale nell'ambito degli appalti eseguiti. Come risulta dal verbale di seduta del 12.04.2013, la commissione di gara nel prendere atto dell'impossibilità di determinare il fatturato specifico realizzato dalla cooperativa in relazione

all'appalto affidato al Comune di Altamura, riteneva di ammettere alla gara la cooperativa Shalom pur in presenza di un fatturato documentato dal Comune di Barletta di soli euro 36.497,04 per le seguenti ragioni: a) il bando di gara non motivava adeguatamente la fissazione di limiti di accesso connessi al fatturato aziendale e quindi, alla luce di quanto disposto dall'art. 41, comma 2, d.lgs. 163/2006 gli stessi limiti dovevano ritenersi illegittimi; b) in assenza di congrua motivazione, i suddetti limiti di fatturato non potevano costituire causa automatica di esclusione dalla partecipazione alla gara, come del resto confermato dalla Determinazione dell'AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012, stante anche la tassatività delle clausole di esclusione ed il *favor participationis*. L'istante domanda di valutare l'attività della commissione di gara eventualmente obbligando la stazione appaltante a rideterminarsi, escludendo la cooperativa Shalom, e a valutare la falsa dichiarazione che sarebbe stata resa da quest'ultima.

A seguito della comunicazione di avvio del procedimento del 10.06.2014, tutte le parti interessate trasmettevano memorie.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza di parere in oggetto è domandato se nella procedura di affidamento del servizio di "Pronto Intervento Sociale" indetta dal Comune di Giovinazzo la commissione di gara abbia ben operato rispetto all'ammissione della cooperativa Shalom, risultata aggiudicataria dell'appalto, nonostante la mancata dimostrazione del requisito di capacità economica-finanziaria concernente il fatturato specifico. La commissione di gara ammetteva alla procedura e aggiudicava il contratto alla cooperativa Shalom considerando che il bando di gara non motivava adeguatamente la fissazione di limiti di accesso connessi al fatturato aziendale *ex art. 41, comma 2, d.lgs. 163/2006* e considerando che, in assenza di congrua motivazione, i limiti di fatturato non si ritenevano costituire causa automatica di esclusione dalla partecipazione alla gara in ragione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Rispetto al quesito sollevato, occorre premettere che l'art. 41, d.lgs. 163/2006 lascia ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti circa la possibilità di prevedere requisiti di qualificazione più restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali prescrizioni rispettino i principi di proporzionalità e ragionevolezza, in modo tale da non restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti (parere di precontenzioso 13.02.2014, n. 31; parere di precontenzioso 29.04.2010, n. 83; Cons. Stato, sez. V, 29.12.2009, n. 8914; Cons. Stato, sez. VI, 3.04.2007, n. 2304).

La stazione appaltante poteva legittimamente prevedere nella *lex specialis* un fatturato specifico riferito al servizio in gara (servizio di Pronto Intervento) e non alla categoria di riferimento (servizi di assistenza sociale). Infatti, come anche indicato nel parere di precontenzioso 20.06.2014, n. 140, «è ormai pacifico che la stazione appaltante può legittimamente prevedere nel bando di gara, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica ed economica, che i concorrenti abbiano svolto servizi identici a quello oggetto dell'appalto, purché il requisito dell'identità dei servizi sia chiaramente espresso e risponda ad un precipuo interesse pubblico» (deliberazione a.v.c.p. 18.07.2012, n. 66; Cons. Stato, sez. V, 12.04.2005, n. 1631; Cons. Stato, sez. IV, 6.10.2003, n. 5823).

Con l'art. 1, comma 2-*bis*, d.l. 95/2012 è stata aggiunta al secondo comma dell'art. 41 del Codice la previsione esplicita secondo la quale sono illegittimi i criteri di qualificazione che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato con la conseguenza che la stazione appaltante è tenuta a giustificare la scelta discrezionale di inserire requisiti connessi al fatturato nella predisposizione degli atti di gara (in tal senso, si veda anche il citato parere n. 31/2014).

Anche la Determinazione n. 1 del 15 gennaio 2015 ha ribadito che «sono, in ogni caso, illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale».

Nel caso di specie, però, la richiesta del fatturato specifico contenuta nella *lex specialis* di gara fatturato specifico (pari a euro 59.040,00 nel servizio oggetto di gara nell'ultimo triennio) appare congrua e proporzionata rispetto al valore dell'appalto (euro 118.008,00), anche tenendo conto del richiesto requisito relativo al fatturato globale (pari a euro 118.080,00 in servizi socio-assistenziali

nell'ultimo triennio). Infatti, nell'orientamento dell'Autorità così come della giurisprudenza è stata valutata come congrua e non limitativa della partecipazione alla gara la richiesta di fatturati fino al doppio dell'importo a base di gara (deliberazione a.v.c.p. 24.01.2007, n. 20; Cons. Stato, sez. V, 31.01.2006, n. 348). In ogni caso, la clausola in esame richiedeva un requisito sostanziale di partecipazione il cui possesso doveva essere dimostrato da tutti i concorrenti visto che, come anche indicato nella determinazione n. 4/2012, i requisiti speciali di partecipazione «costituiscono presupposti di natura sostanziale per la partecipazione alla gara, ai sensi dell'art. 2 del Codice» con l'effetto che la carenza degli stessi «si traduce necessariamente nell'esclusione dalla gara». Con riferimento alla mancata comprova del requisito del fatturato specifico richiesto dal bando di gara, sussiste un'oggettiva incertezza relativa al valore economico delle prestazioni riferite allo specifico servizio di Pronto Intervento che non appare imputabile alla cooperativa Shalom visto che la stessa stazione appaltante dichiara esserle impossibile scorporare il valore specifico riferito al servizio in questione rispetto agli altri servizi appaltati. A fronte dell'impossibilità da parte del Comune di Altamura di attestare il fatturato specifico per causa non imputabile al concorrente, tale impossibilità essendo riconducibile al fatto che il Comune di Altamura ha appaltato una pluralità di servizi senza determinare *ab origine* il valore economico di base conferito agli stessi, si ritiene che l'omessa valutazione da parte del Comune dei servizi appaltati non possa sfavorire il concorrente ed escludere la possibilità in astratto che lo stesso integri le valutazioni della stazione appaltante esercitando la facoltà prevista all'art. 41, comma 3, d.lgs. 163/2006 e presentando documentazione, anche di natura contabile, che possa essere ritenuta idonea dalla stazione appaltante al fine di provare i requisiti di capacità economica e finanziaria richiesti. In conclusione, in ragione delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il requisito di capacità economica e finanziaria previsto dalla *lex specialis* di gara e relativo al fatturato specifico costituisce presupposto di natura sostanziale per la partecipazione alla procedura con l'effetto che la mancata comprova dello stesso si traduce necessariamente nell'esclusione dalla procedura, ferma restando la facoltà prevista in capo al concorrente dall'art. 41, comma 3, d.lgs. 163/2006 di presentare qualsiasi altro documento, anche di natura contabile, che possa essere ritenuto idoneo dalla stazione appaltante al fine di comprovare il requisito richiesto.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 marzo 2015

Il Segretario Maria Esposito