

Deliberazione n. 73 Adunanza del 20 luglio 2011

Fascicolo

Oggetto: affidamento in concessione dell'immobile di proprietà comunale denominato "ex-convento" da destinare a comunità alloggio per anziani

Stazione Appaltante: Comune di Riccia (CB)

Esponente: Sig. Michele Coromano

Riferimenti normativi: D.Lgs. 163/2006 e s.m.i.

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Vista la relazione della Direzione generale vigilanza lavori, servizi e forniture in data

Considerato in fatto

In data 29 aprile 2011 è pervenuta una segnalazione da parte di un consigliere del Comune di Riccia, nella quale si presume l'illegittimità dell'affidamento in oggetto alla Società Cooperativa La Sfinge A.R.L. In particolare, sostiene il segnalante, la cooperativa non possiede il requisito minimo soggettivo di partecipazione richiesto al punto 7 del "Bando ricognitivo", relativo alla natura giuridica di cooperativa sociale iscritta all'Albo Regionale "A". La Cooperativa "La Sfinge", infatti, al momento dell'aggiudicazione (19 novembre 2010) risultava iscritta all'Albo delle società cooperative, sezione "Cooperative a mutualità prevalente" categoria "produzione e lavoro" e, quindi, non poteva svolgere e/o gestire attività di tipo socio-sanitario, come invece era prescritto inderogabilmente dalla lex specialis, poiché tale possibilità non era contemplata nell'oggetto sociale.

Si è rilevata, altresì, quale ulteriore criticità, la mancata indicazione, nel bando ricognitivo, del valore stimato del contratto da affidare.

Considerata l'importanza delle questioni sottoposte, con nota del 10 maggio 2011, è stato avviato un procedimento istruttorio nei confronti del Comune di Riccia, con contestuale richiesta di informazioni.

Nella risposta, pervenuta il 23 giugno 2011, il Comune di Riccia considera corretto il proprio operato, in quanto, sostiene, si tratta di una concessione che, ai sensi dell'art. 30 del D.lgs 163/2006, è esclusa dalle disposizioni del Codice dei Contratti Pubblici. Inoltre, i servizi sanitari e sociali, oggetto della concessione, rientrando nell'Allegato II B (categoria 25 CPC 93 e CPV 85311100 – 3), non sarebbero soggetti all'applicazione del Codice dei Contratti Pubblici.

Quanto alle fasi della procedura seguita per affidare la concessione, l'Amministrazione sostiene di aver attentamente osservato quanto previsto dal comma 3, art. 30 del Codice: per individuare i soggetti da invitare alla gara informale, sarebbe stata condotta un'indagine di mercato, dalla quale sarebbe emerso che le strutture socio sanitarie presenti sul territorio regionale (comunità alloggio e strutture ad esse assimilabili) sono "quasi esclusivamente" gestite da cooperative sociali di tipo "A".

Il Comune, dunque, ha proceduto alla pubblicazione del bando ricognitivo per la verifica dell'esistenza di manifestazioni di interesse a partecipare alla gara informale, ai sensi dell'art. 30 D.Lgs 163/2006, dandone avviso sul sito internet istituzionale e sull'Albo pretorio. Solo due cooperative hanno manifestato interesse, ed una sola cooperativa, La Sfinge, ha presentato offerta, con un contratto di avvalimento per i seguenti requisiti: 1) esperienza triennale nella gestione di strutture residenziali con finalità sanitarie, socio-sanitarie o sociali; 2) fatturato realizzato nell'ultimo triennio; 3) iscrizione nella sezione "A" dell'Albo delle Cooperative Sociali. La Commissione di gara, ritenendo tali requisiti suscettibili di avvalimento, ha ammesso l'offerta alla fase successiva.

Ritenuto in diritto

Ciò premesso, si ritiene necessario chiarire che sebbene l'affidamento di che trattasi riguarda una concessione di servizi, fattispecie che esula dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti, tuttavia, il relativo affidamento non può essere sottratto ai principi del Trattato in tema di tutela della concorrenza. Ciò viene codificato dallo stesso art. 30 ai sensi del quale: "La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi".

In generale, quindi, si considera che la necessità di osservare i principi di non discriminazione e parità di trattamento, non consente di apporre riserve di partecipazione nei bandi di gara a determinati soggetti, riserva consentita solo nei limiti di quanto espressamente previsto dall'art. 52 del codice dei contratti.

Inoltre, si precisa che, diversamente da quanto stabilito dal Comune di Riccia, la specializzazione nel campo dei servizi sanitari e sociali non costituisce prerogativa assoluta delle cooperative sociali di tipo "A". Essa potrebbe ritrovarsi anche in capo ad altri operatori economici presenti sul mercato e potenzialmente interessati a prendere parte alla procedura selettiva, come, peraltro, emerso dalla stessa indagine del Comune di Riccia, la quale ha rilevato che nella prestazione dei servizi, oggetto dell'affidamento, accanto alle cooperative sociali, vi sono anche altri soggetti. Si potrebbe quindi affermare che la restrizione alla possibilità di partecipare alla gara, operata dall'Amministrazione, ha contribuito, a limitare la platea dei concorrenti ad un solo operatore.

Neanche può condividersi, l'assunto contenuto nelle controdeduzioni della Stazione Appaltante, secondo cui i "servizi sanitari e sociali", rientrando nell'Allegato II B, sfuggono all'applicazione del Codice dei Contratti. Sulla questione questa Autorità si è più volte pronunciata, evidenziando che essi restano soggetti, oltre che all'art. 20, anche all'art. 27 del d.lgs. n. 163/2006 in base al quale l'affidamento di contratti pubblici, sottratti in tutto o in parte all'applicazione del codice, deve avvenire nel rispetto di principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità (da ultimo, Deliberazioni n.4 del 14 gennaio 2010 e n. 102 del 5 novembre 2009).

Quanto alla mancata valutazione nell'avviso pubblico dell'importo base del contratto si ribadisce quanto già sostenuto da questa Autorità (Deliberazione n. 47 del 24 aprile 2011 e Deliberazione n. 9 del 25 febbraio 2010), in merito all'importanza di garantire condizioni di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, che si traducono innanzitutto nell'informare correttamente il mercato sulle condizioni di gara. Nel caso di specie, il Comune di Riccia, nella propria risposta alla richiesta di informazioni, ha affermato che gli operatori economici avrebbero potuto agevolmente stimare il valore della concessione, potendosi basare su parametri standardizzati per questo tipo di strutture. Nella Determina n. 273 di approvazione degli atti di gara del 20 luglio 2010, il Comune ha enunciato chiaramente che il valore della concessione, ammonta presumibilmente ad euro 2.317.939,11. L'Ente, quindi, pur avendo calcolato tale valore, ha negligenemente tralasciato di inserire l'importo base del contratto nella lex specialis, mancando di informare correttamente il mercato sui presunti valori della concessione che intendeva affidare.

La mancata determinazione dell'importo della concessione assume, altresì, un peso determinante sulla pubblicità da dare alla stessa procedura. A tal proposito si osserva che l'estensione della pubblicità del bando deve rapportarsi al "valore" della concessione. Tale principio risponde a quello di adeguata pubblicità e trasparenza, richiamato espressamente sia dall'art. 30 del D.Lgs. 163/2006 che disciplina, appunto le concessioni di servizi, sia dalla Comunicazione interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni del 12/04/2000 (cfr. sul punto Deliberazione n. 13 del 12 marzo 2010).

In ultimo, con specifico riferimento alla possibilità accordata all'aggiudicataria dalla Commissione di gara di avvalersi dei requisiti c.d. soggettivi, ed in particolare, dell'iscrizione nella sezione "A" dell'Albo delle Cooperative Sociali, si ritiene che la contestazione risulti assorbita dalle considerazioni che precedono. Tuttavia, in generale, si ricorda, che ai sensi dell'art. 49, comma 2, il concorrente deve indicare (e la Stazione Appaltante deve verificare) che l'impresa ausiliaria fornisca effettivamente i requisiti e metta a disposizione le risorse di cui il concorrente è privo.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene che:

- non può ritenersi legittimo, poiché contrario ai principi di non discriminazione e parità di trattamento, riservare la partecipazione alla gara, per l'affidamento in concessione di servizi socio sanitari, alle sole cooperative sociali iscritte nel relativo albo di tipo "A". Siffatta limitazione non può essere giustificata né ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs n. 163/2006, che regola la concessione di servizi, né in considerazione della natura dei servizi, oggetto della concessione, che li fa rientrare nell'Allegato II B del Codice dei Contratti Pubblici;
- la mancata indicazione, nel bando, dell'importo base del servizio da affidare in concessione, si pone in contrasto con i principi di trasparenza e parità di trattamento applicabili anche alle concessioni di servizi in quanto espressamente richiamati dall'art. 30 del D.Lgs. 163/2006 e dalla Comunicazione interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni del 12/04/2000;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza affinché comunichi la presente deliberazione al Comune di Riccia ed all'esponente e disponga la pubblicazione della delibera sul sito internet dell'Autorità.

Il Consigliere Relatore: Alessandro Botto

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 luglio 2011

Il Segretario: Maria Esposito