

Nozione di “servizi analoghi” e rapporto tra oggetto sociale del concorrente ed oggetto del contratto di appalto.

di Roberto Manservigi

Data di pubblicazione: 1-2-2019

1. La nozione di “*servizi analoghi*” non deve essere assimilata a quella di “*servizi identici*”, dovendo ritenersi soddisfatta la prescrizione della legge di gara tutte le volte in cui il concorrente abbia dimostrato lo svolgimento di servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto (1).

2. La corrispondenza tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione camerale, e l'oggetto del contratto di appalto non deve essere intesa in modo assoluto, ma in termini di congruenza contenutistica, secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, attraverso una valutazione non atomistica e frazionata, ma globale e complessiva delle prestazioni oggetto di affidamento (2).

(1) T.A.R. Sicilia, Palermo, II, 12 luglio 2018, n. 1609.

(2) Consiglio di Stato, V, 7 febbraio 2018, n. 796.

Guida alla lettura

La sentenza in esame contiene un'ampia ricostruzione di due aspetti d'interesse relativamente al diritto degli appalti pubblici e che riguardano per un verso il corretto significato da attribuire alla nozione di “*servizi analoghi*” ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti ex art. 83 del d. lgs. n. 50/2016, per l'altro come la stazione appaltante deve determinarsi qualora l'oggetto sociale del concorrente indicato nell'iscrizione camerale non coincida esattamente con l'oggetto del contratto di appalto da affidare.

In relazione al primo aspetto il TAR passa in rassegna i più recenti approdi giurisprudenziali, concludendo per l'impossibilità di assimilare il concetto di “*servizi analoghi*” a quello di “*servizi identici*”, rilevando, invece, lo svolgimento di servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto. Il concetto di “*servizi analoghi*”, infatti, deve essere inteso come mera similitudine tra le prestazioni richieste, in modo da favorire l'ammissione di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di

affidabilità. In questa prospettiva, quindi, i “*servizi analoghi*” devono declinarsi come servizi simili e, dunque, precludere alla stazione appaltante l’esclusione di concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività rientranti esattamente nell’oggetto dell’appalto, dovendo, invece, compiersi una valutazione di tipo complessivo, dato che l’insieme di tutti i servizi o le forniture dichiarate può essere considerato indice ragionevole di idoneità tecnica alla corretta esecuzione dell’appalto.

Analogamente, la non perfetta coincidenza tra l’oggetto dell’appalto e le risultanze descrittive del certificato camerale del concorrente non costituisce ostacolo alla sua ammissione alla procedura, dovendosi escludere la necessità di una loro relazione biunivoca ed accertare, diversamente, l’idoneità professionale attraverso l’esame complessivo delle prestazioni dedotte in contratto, senza ricercare la perfetta sovrapposizione con quelle indicate dall’oggetto sociale.

Il Tribunale

Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 262 del 2018, proposto da Consorzio Stabile Ecobi Scarl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Chiara Fiore, Daniele Carissimi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Hera S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall’avvocato Alessandro Lolli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Vaccaro 6;

nei confronti

Event Way non costituito in giudizio;

per l’annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva comunicato in data del 27 febbraio 2018, con cui Hera S.p.a, in qualità di stazione appaltante ha aggiudicato la gara d'appalto pubblico CIG n. 7294873F9F denominata "servizio di attività comunicativa di contatto con l'utenza e consegna del kit di raccolta rifiuti da eseguirsi nel Comune di Bologna" alla Event Way s.r.l. con sede legale in via Farini 62, Roma, 00185 (RM), nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente ex art. 29 c.p.a.

- nonché, per l'effetto:

-per la condanna della stazione appaltante ad aggiudicare la gara alla ricorrente in ragione della sua posizione di seconda in graduatoria ed a stipulare il relativo contratto, secondo l'offerta dalla stessa presentata, da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito ex art 30 c.p.a.;

-ovvero, in alternativa, nel caso di intervenuta stipula del contratto d'appalto con l'odierna aggiudicataria, per la condanna della stazione appaltante a far subentrare la ricorrente nel contratto, previa declaratoria di inefficacia ex tunc dello stesso ex artt. 121 e 122 c.p.a.;

-ovvero, in ulteriore subordine rispetto al subentro, per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente pecuniario per il mancato conseguimento del contratto ex art. 30 e 124 c.p.a.

In subordine:

- del Disciplinare di gara, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente ex art 29 c.p.a,

- e, per l'effetto, per la condanna della stazione appaltante a riformulare i criteri di valutazione dell'offerta tecnica conformemente ai principi indicati nel presente ricorso e/o a quelli che verranno enucleati dallo stesso Tribunale e, quindi, a procedere a nuova aggiudicazione della gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Hera S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2019 la dott.ssa Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe sono stati impugnati i seguenti atti :

- a). provvedimento di aggiudicazione definitiva, comunicato in data del 27 febbraio 2018, con cui Hera S.p.a, in qualità di stazione appaltante ha aggiudicato la gara d'appalto pubblico CIG n. 7294873F9F denominata "servizio di attività comunicativa di contatto con l'utenza e consegna del kit di raccolta rifiuti da eseguirsi nel Comune di Bologna" alla Event Way s.r.l. con sede legale in via Farini 62, Roma, 00185 (RM);
- b). ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente indicato in epigrafe.

Il ricorso è stato affidato ai seguenti 2 motivi di diritto :

- 1). VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL D. LGS. 50 DEL 2016, DELLA LEX SPECIALIS DI GARA, DELLE REGOLE E DEI PRINCIPI IN TEMA DI QUALIFICAZIONE PER L'AMMISSIONE E LA PARTECIPAZIONE A GARA - ECCESSO DI POTERE PER DISPARITA' DI TRATTAMENTO, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE – SVIAMENTO DI POTERE;
- 2). VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL D. LGS. 50 DEL 2016, DELLE REGOLE E DEI PRINCIPI IN TEMA DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE - ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA', IRRAGIONEVOLZZA E SVIAMENTO DI POTERE.

Replica Hera con deposito di memorie e documenti.

l). Giova richiamare in via preliminare gli eventi in punto di fatto :

- a). è stata bandita gara d'appalto pubblico di servizi promossa da Hera s.p.a. avente ad oggetto "servizio di attività comunicativa di contatto con l'utenza e consegna kit di raccolta rifiuti da eseguirsi nel Comune di Bologna";
- b). il Bando prevedeva, in armonia con quanto sancito dall'art. 83 D. Lgs. 50 del 2016, una serie di requisiti di selezione dei partecipanti all'evidenza pubblica.

Con riferimento al requisito di idoneità professionale:

- Il Bando al punto III.1.1)1 denominato "Abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, inclusi requisiti relativi all'iscrizione nell'Albo Professionale o nel Registro commerciale", alla lett. a) sanciva la necessità di presentare "dichiarazione di iscrizione a registro delle imprese della C.C.I.A.A. contenente tutte le informazioni puntualmente indicate nella modulistica allegata al suddetto disciplina di gara (Allegato B);"
- In tale Allegato B si chiedeva di attestare che "L'Operatore economico rappresentato è iscritto al

Registro delle Imprese della C.C.I.A.A. della provincia di ... per la seguente attività(si precisa che tale attività deve essere pertinente con l'oggetto della presente

procedura di gara)".

Per ciò che riguarda il requisito di capacità economico finanziaria:

- Il Bando al punto III. 1. 2)² denominato "Capacità economica e finanziaria" alla lett. k) prevedeva la necessità di attestare un "fatturato specifico per attività/servizi/prestazioni analoghe a quelle oggetto di gara realizzato complessivamente negli ultimi tre esercizi dalla quale risulti un fatturato specifico totale pari ad almeno € 300.000."

Successivamente l'atto di gara specificava, con riferimento al medesimo requisito, che: "per attività/servizi/prestazioni analoghe si intendono attività/campagna di informazione e/o divulgazione in materia ambientale, attività informative in materia ambientale nelle scuole e/o in assemblea di cittadini, progetti di comunicazione in materia ambientale."

Infine, per ciò che concerne il requisito di capacità tecnico professionale:

- Il Bando al punto III.1.3)³ denominato "Capacità professionale tecnica" richiedeva di comprovare "l'avvenuta esecuzione nel triennio 2014, 2015, 2016 di contratti per servizi analoghi come sopra definiti con un numero complessivo dei soggetti contattati coinvolti almeno pari a numero 15.000".

c). In data 27 febbraio 2018, l'odierna ricorrente riceveva la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione della gara in favore della Event way s.r.l.; la ricorrente risultava essere seconda (ed ultima) classificata.

Tanto premesso il ricorso è infondato e va respinto.

1). Con il primo motivo di ricorso l'interessata sostiene che la Event way s.r.l. non presentava i requisiti tassativamente previsti dal Bando di gara ai fini della partecipazione, con particolare riferimento al requisito di idoneità professionale dell'iscrizione a CCIAA per attività pertinenti con l'oggetto della gara.

Ed infatti, nel caso di specie per attività pertinenti si devono intendere servizi di formazione ambientale ovvero attività di natura informativa/comunicativa/divulgativa che abbiano ad oggetto la specifica materia ambientale che non risultano in possesso dell'odierna aggiudicataria, la quale pertanto, doveva essere esclusa.

Sostiene ancora l'interessata che : < La ricostruzione proposta circa l'oggetto dell'appalto è confermata dal codice CPV con cui il bando è stato classificato nell'ambito del sistema di classificazione unitario dell'oggetto degli appalti pubblici, istituito con regolamento (CE) n. 2195/2002 e periodicamente aggiornato. Infatti, secondo le indicazioni del Bando, il CPV della gara è il 80540000-1, che corrisponde alle attività concernenti servizi di formazione ambientale. La doppia natura del servizio oggetto di gara (comunicativa ed ambientale) trova

conferma nel concetto di attività analoga, così come illustrata negli atti di gara>.

A suo dire da certificato camerale la Event way s.r.l. non presenta tale oggetto sociale: essa risulta iscritta a CCIAA solo per attività connesse al profilo della comunicazione (cfr., si veda la visura camerale del 2 marzo 2018).

Con un ulteriore profilo di doglianza la ricorrente ritiene poi che <nell'Allegato G - contenuto nella "Documentazione Economica – busta C" presentata dall'aggiudicataria – è dichiarato che l'incidenza percentuale dei costi relativi alla manodopera è pari al 57,50% dei costi complessivi, mentre nel disciplinare di gara, fin dalle relative premesse, è precisato espressamente che "s'informa che, nell'ambito delle attività in oggetto dell'appalto, la percentuale di incidenza della manodopera è pari all'80%".

È evidente, quindi, che l'offerta economica presentata dall'aggiudicataria si pone in aperto contrasto con quanto prescritto dal disciplinare di gara>.

Replica Hera nel merito.

Sostiene quanto segue : <E' incontestato che l'aggiudicatario possenga i requisiti che finanziari e tecnici: tecnici: egli ha svolto regolarmente attività di comunicazione in materia ambientale.

E' indicato chiaramente nella documentazione prodotta in giudizio da cui risulta, tra l'altro<< FORNITURA DI SERVIZI NEL SETTORE DELLA PROMOZIONE TERRITORIALE E MARKETING VOLTE ALL'IDEAZIONE ED ALLA REALIZZAZIONE DI PROGETTI INTEGRATI CHE SERVANO A SVILUPPARE E METTERE IN RISALTO LE POTENZIALITA', LE ECCELLENZE E LE IDENTITA' DEL SISTEMA TERRITORIALE DI RIFERIMENTO; // - MARKETING DEGLI EVENTI PER LA PROMOZIONE DELLE DESTINAZIONI TURISTICHE; // - PIANIFICAZIONE DI CAMPAGNE PUBBLICITARIE SU TUTTI I MEDIA (PUBBLICITA' ESTERNA, VOLANTINI, AFFISSIONI, MEZZI STAMPA, RADIO, TV, WEB); // - SERVIZI DI CONSULENZA AZIENDALE STRATEGICA PER POSIZIONAMENTO E MARKETING CON IDEAZIONE E CURA DELLA CORPORATE IDENTITY (STUDI DI FATTIBILITA', RICERCHE DI MERCATO).

In buona sostanza secondo HERA :

- a). la comunicazione in materia ambientale è una species del genus comunicazione.
- b). non sussiste alcuna norma giuridica che prevede la esclusione di un concorrente perché indica una percentuale di costo o anche di valore della manodopera diversa da quella indicata in lex specialis.

IL Collegio condivide le repliche di HERA.

Risulta per tabulas che la lex specialis di gara prevedeva la necessità di attestare un "fatturato specifico per attività/servizi/prestazioni analoghe a quelle oggetto di gara".

Recentemente sulla nozione di servizi/prestazioni analoghe si è pronunciata anche recente giurisprudenza (cfr., Tar Palermo, II, n. 1609/2018).

E' stato affermato quanto segue :

a). la nozione di “servizi analoghi” non deve essere assimilata a quella di “servizi identici”, dovendo ritenersi soddisfatta la prescrizione della legge di gara tutte le volte in cui il concorrente abbia dimostrato lo svolgimento di servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto (cfr., Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2015, n. 1122 che a sua volta richiama Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2014, nr. 6035; id., sez. IV, 11 novembre 2014, nr. 5530; id., sez. V, 25 giugno 2014, nr. 3220; id., 8 aprile 2014, nr. 1668; id., sez. III, 25 giugno 2013, nr. 3437; TAR Toscana, Firenze, sez. II, 21/02/2017 n. 287).

b). “il concetto di “servizio analogo”, e parimenti quello di “fornitura analogo”, deve essere inteso non come identità, ma come mera similitudine tra le prestazioni richieste, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità (cfr. da ultimo, T.A.R. Toscana, sez. I, 26 gennaio 2018, n. 132; in termini, Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2017, n. 1608; Cons. Stato, Sez. V, 28/7/2015, n. 3717).

C). il Giudice amministrativo ha chiaramente delineato i contenuti della cd. “analogia” ai fini della valutazione dei servizi dichiarati in sede di gara per la dimostrazione del requisito di capacità tecnica ricomprendendo tutti quei servizi/forniture resi nel medesimo settore imprenditoriale.

d). è principio altrettanto pacifico in giurisprudenza quello in base al quale “Nelle gare pubbliche, laddove il bando di gara richieda quale requisito il pregresso svolgimento di «servizi analoghi», tale nozione non può essere assimilata a quella di «servizi identici» dovendosi conseguentemente ritenere, in chiave di favor participationis, che un servizio possa considerarsi analogo a quello posto a gara se rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto in contestazione, cosicché possa ritenersi che grazie ad esso il concorrente abbia maturato la capacità di svolgere quest'ultimo” (cfr. da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2017 n. 5944).

e). “quando la lex specialis di gara richiede, come nella fattispecie, di dimostrare il pregresso svolgimento di servizi simili, non è consentito alla stazione appaltante di escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività rientranti nell'oggetto dell'appalto, né le è consentito di assimilare impropriamente il concetto di servizi analoghi con quello di servizi identici, considerato che la ratio di siffatte clausole è proprio quella di perseguire un opportuno contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche” (Cons. Stato, V, 25 giugno 2014, n. 3220)” (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 18 novembre 2014, n. 2892).

f). in ogni caso va precisato che, secondo parte della giurisprudenza, quand'anche un singolo servizio (o fornitura) non possa considerarsi pienamente “analogo” a quello oggetto di gara, la

valutazione che dovrà compiere la stazione appaltante non potrà che essere di tipo complessivo e ciò in quanto la sommatoria di tutti i servizi o forniture dichiarate può “ragionevolmente essere considerata quale indice di idoneità tecnica alla corretta esecuzione dell'appalto” (cfr. anche T.A.R. Toscana, sez. I. 18 gennaio 2016, n. 85).

Occorre poi spendere qualche parola sul concetto di <oggetto sociale>.

Come noto, si tratta di questione più volte affrontata in giurisprudenza.

Sono possibili infatti casi in cui il bando di gara descrive l'oggetto del contratto di appalto da aggiudicare ma l'oggetto sociale di un concorrente differisce – parzialmente – da questo.

E' evidente che il problema ammette in astratto due soluzioni:

- a). una soluzione analitica secondo la quale le prestazioni dell'oggetto sociale e le prestazioni dell'appalto devono essere legate da relazione biunivoca altrimenti il concorrente non può aggiudicarsi il contratto;
- b). una soluzione sintetica che richiede una valutazione complessiva, globale, sintetica dei requisiti di professionalità dell'operatore economico.

La prima soluzione non è giustificata né dalla ratio dei requisiti di professionalità né dalla lettera del Codice, che al comma 2 dell'art. 83 si limita infatti a stabilire una generica proporzionalità tra quei requisiti e l'oggetto dell'appalto.

In conclusione, è stato affermato che la corrispondenza contenutistica - tra risultanze descrittive del certificato camerale e oggetto del contratto d'appalto - non debba tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma che la stessa vada appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, e quindi in virtù di una considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto (Cfr., Consiglio di Stato, Sezione III, 8 novembre 2017, n. 5170, Sezione V 7 febbraio 2018, n. 796).

Risulta per tabulas che l'aggiudicataria Event Way srl ha allegato il documento 6 in cui ha descritto n. 4 campagne di comunicazione ambientale a favore di AMA Roma e Provincia di Latina.

Infine, sul COCOCO si osserva che l'aggiudicatario ha indicato tale mera possibilità in aggiunta a personale in CCNL commercio; poiché la possibilità è stata ritenuta già in sede di verifica di anomalia non praticabile dalla stazione appaltante, l'aggiudicatario userà solo personale in regola.

2). Con il secondo motivo di ricorso l'interessata chiede – in subordine – l'annullamento parziale del disciplinare di gara, alla luce dell'illegittimità delle clausole dello stesso che prevedono i criteri di valutazione dell'offerta per ciò che concerne il profilo tecnico.

Ed infatti, il documento di gara prevede che, su 70 punti attribuibili all'offerta tecnica, 54 siano connessi a requisiti che non mettono in nessun modo in evidenza la capacità tecnica del concorrente.

Sostiene che solo 16 punti vengono attribuiti ad indici che sono (maggiormente) idonei a mettere in luce la specifica ed effettiva capacità del partecipante a gara, in ragione della titolarità di alcune certificazioni possedute alla data di pubblicazione del bando e rilasciate da ente accreditato:

- 4 punti per certificazione di sistema di qualità;
- 4 punti per certificazione in materia ambientale;
- 4 punti per certificazione in materia di sicurezza;
- 4 punti per certificazione in materia di responsabilità sociale d'impresa.

A suo dire, in materia di appalti di servizi, tale previsione si appalesa irragionevole e contraria all'interesse pubblico alla selezione del miglior offerente.

Replica HERA che i punteggi criticati di cui sopra sono tutti oggettivi, riferiti ad aspetti specifici dell'attività che viene svolta, e dunque intrinsecamente legittimi, a differenza dei punteggi soggettivi, assegnati all'esperienza.

Il Collegio condivide le osservazioni in quanto i punteggi soggettivi sono a maggiore rischio di legittimità rispetto ai punteggi oggettivi di gara.

In altre parole - apparendo ragionevole la valutazione e legittima l'istruttoria e l'operato dell'amministrazione - il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando :

Respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio in favore della controparte che liquida in € 6.000,00 oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:



Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere, Estensore

Jessica Bonetto, Primo Referendario