

Parere n. 110 del 08 ottobre 2009

Protocollo PREC 116/08/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'impresa SO.GE.R.T. S.p.A. - Affidamento del servizio di Tesoreria comunale - Importo a base d'asta: €40.000,00 - S.A.: Comune di Marcianise

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 30 ottobre 2007 è pervenuta a questa Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa SO.GE.R.T. S.p.A. ha esposto di aver partecipato alla gara indetta dal Comune di Marcianise per l'affidamento del servizio in oggetto, il cui bando prevedeva, quale requisito di ammissione, l'attestazione, tramite dichiarazione sostitutiva ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, di aver svolto il servizio di Tesoreria per almeno dieci enti territoriali, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando stesso, anche con soluzione di continuità.

L'impresa istante nella propria domanda di partecipazione aveva dichiarato che, in precedenza, aveva svolto il predetto servizio di Tesoreria, per nove Comuni e per un Consorzio cimiteriale tra Comuni e la Commissione di gara, in sede di apertura dei plichi prodotti dai concorrenti, l'aveva esclusa, ritenendo che "un Consorzio tra Comuni non può essere annoverato tra gli Enti territoriali".

In seguito, tale decisione era stata confermata, anche in sede di riesame della questione, sollecitata da apposita contestazione dell'odierna istante SO.GE.R.T. S.p.A.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale il Comune di Marcianise ha ribadito la legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei confronti della concorrente SO.GE.R.T. S.p.A., stante il chiaro tenore letterale della clausola del bando di cui si controverte.

Ritenuto in diritto

La questione relativa alla fissazione dei requisiti di partecipazione alle gare d'appalto ha formato oggetto di numerose pronunce di questa Autorità e della giurisprudenza amministrativa. A tale riguardo, è stato generalmente e univocamente osservato che il legislatore non stabilisce in modo tassativo quali sono i requisiti da richiedere ai partecipanti alle gare di appalto di servizi, lasciando tale determinazione alla ragionevole discrezionalità delle singole Amministrazioni e consentendo che la singola stazione appaltante prescriva requisiti idoneativi diversi e anche più severi rispetto a quelli normativamente fissati, anche al fine di meglio tutelare l'interesse pubblico perseguito.

Nel caso di specie, la stazione appaltante aveva previsto nel bando, come condizione di ammissione alla gara, che l'istanza di partecipazione, da redigersi utilizzando lo schema allegato A), dovesse contenere, tra l'altro, una pluralità di dichiarazioni sostitutive, rese ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 e successive modifiche, espressamente indicate, tra cui quella prevista alla lett. l) "di aver svolto il servizio di tesoreria per almeno dieci enti territoriali nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, specificando quali enti".

In proposito, possono essere individuati due diversi profili rilevanti: il primo, attinente alla interpretazione della clausola del bando che fissa il predetto requisito di partecipazione alla gara; il secondo, concernente la congruità del requisito rispetto allo scopo perseguito.

Con riguardo al primo aspetto problematico in rilievo, risulta condivisibile la decisione di esclusione assunta dalla Commissione, a fronte della dichiarazione resa dall'impresa istante di aver svolto il servizio di tesoreria oggetto dell'appalto per nove Comuni e un Consorzio cimiteriale tra Comuni.

La richiamata clausola del bando di gara, infatti, descrive in modo chiaro ai partecipanti gli enti a favore dei quali il concorrente deve aver effettuato il servizio di tesoreria nell'ultimo quinquennio e i Consorzi, pur essendo enti dotati di personalità giuridica, non possono essere annoverati nella categoria degli enti territoriali. Tale connotazione posseggono solo ed esclusivamente gli enti previsti dall'art. 114 Cost.: i Comuni, le Province, le Città metropolitane, le Regioni e lo Stato, per i quali il territorio è elemento costitutivo, mentre per i Consorzi esso costituisce solo l'ambito in cui gli stessi sono legittimati ad esercitare le funzioni loro conferite. Anche la recente disciplina degli enti locali - D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 - peraltro, non reca alcuna innovazione sul punto, atteso che l'art. 31, intitolato ai "Consorzi", non prevede alcun riferimento al territorio.

Conseguentemente la Commissione, escludendo l'impresa istante, ha correttamente applicato la *lex specialis*, non consentendo la partecipazione alla procedura in oggetto di un concorrente che abbia effettuato prestazioni analoghe in favore di enti diversi da quelli chiaramente indicati nel bando stesso.

Infatti, secondo il principio del formalismo negli atti di gara, la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo, cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando, residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento. E quindi, qualora il bando commini espressamente - come nel caso di specie - l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento del bando.

Il secondo profilo rilevante, non espressamente prospettato dall'istante, ma implicito nella richiesta di parere, per cui se ne affronta la trattazione nella consapevolezza che non sussiste la possibilità di un vizio di ultrapetizione, riguarda, invece, la ragionevolezza del requisito richiesto dalla stazione appaltante ai fini dell'ammissione alla gara in oggetto.

La discrezionalità della stazione appaltante nel fissare requisiti di partecipazione diversi, ulteriori e più restrittivi rispetto a quelli indicati dalla legge, infatti, non è illimitata; al contrario, è necessario che siano rispettati i limiti funzionali della logicità e della ragionevolezza di quanto richiesto e della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito e dell'assenza di contraddittorietà interna, in modo da non restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio (Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2304; Sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377).

Nel caso di specie, va rilevato, anche alla luce di quanto stabilito da questa Autorità relativamente ad una fattispecie simile (cfr.: parere n. 42 del 2 aprile 2009), che, a prescindere dalla correttezza formale dell'operato della Commissione, la clausola del bando di cui si controverte appare

indebitamente limitativa dell'accesso alla procedura di gara di cui trattasi, nella misura in cui crea un nesso imprescindibile tra l'affidabilità del futuro contraente in termini di capacità tecnica e la peculiare natura giuridica dei destinatari di prestazioni analoghe a quella richiesta dal bando medesimo, impedendo in questo modo la partecipazione a soggetti che abbiano effettuato prestazioni analoghe in favore di enti diversi da quelli puntualmente indicati dalla *lex specialis* di gara.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara dell'impresa SO.GE.R.T. S.p.A. è conforme alla *lex specialis*, ma la clausola del bando di cui si controverte, causa dell'esclusione, appare indebitamente limitativa dell'accesso alla procedura di gara.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2009