

## **Parere n. 25 del 10/02/2010**

**Protocollo** PREC 83/09/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 PENELOPE S.p.A. – Servizio di assistenza tecnica ed operativa al responsabile per il programma PIU' Europa Città di Afragola per la redazione del Programma Integrato Urbano Città di Afragola – Importo a base d'asta €390.640,57 – S.A.: Comune di Afragola (NA)

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 6 maggio 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa PENELOPE S.p.A. ha postulato l'illegittimità del Capitolato Speciale d'Appalto allegato al Bando di gara per l'affidamento del servizio in oggetto – alla quale peraltro non risulta aver partecipato, come da comunicazione della stazione appaltante del 17 luglio 2009 – con specifico riferimento all'art. 5. C.1., relativo ai requisiti di capacità tecnico-professionale, in quanto richiede in capo ai concorrenti il possesso di “comprovata esperienza, riferita all'ultimo triennio 2006-2007-2008, nella realizzazione di almeno 5 attività di supporto, affiancamento ed assistenza tecnica ad una Pubblica Amministrazione, di cui almeno una con riferimento alla nuova programmazione 2007/2013 prestata a favore di uno degli organismi intermedi individuati dai documenti programmatici della Regione Campania 2007-2013 (Province e Comuni sopra i 50.000 abitanti)”.

Con nota inoltrata al responsabile del procedimento in data 8 aprile 2009, l'impresa istante chiedeva chiarimenti in merito all'ultima parte della disposizione sopra evidenziata. In particolare, il quesito era diretto a sapere se l'esperienza sulla programmazione 2007-2013 dovesse essere stata maturata presso una Provincia o un Comune sopra i 50.000 abitanti situati nella Regione Campania, ovvero se il riferimento a tale tipologia di organismi intermedi andasse inteso in senso ampio, cioè qualunque Provincia o Comune sopra i 50.000 abitanti, ancorché non situati in Regione Campania.

In considerazione dell'approssimarsi del termine ultimo per la presentazione delle offerte (11 maggio 2009), l'istante PENELOPE S.p.A., in mancanza di riscontro alla propria richiesta, sollecitava una risposta al suddetto quesito, cui faceva seguito il decreto dirigenziale n. 1 del 30 aprile 2009, pubblicato in pari data sul sito istituzionale della stazione appaltante, che precisava che il requisito predetto “è da intendersi soddisfatto se l'esperienza è stata maturata nell'erogazione dei servizi sopra indicati a beneficio di una Provincia o Comune con popolazione superiore ai 50.000 abitanti della Regione Campania a prescindere dalla tipologia di Stazione appaltante/committente”.

Ritiene, al riguardo, l'impresa istante che la contestata disposizione del Capitolato Speciale d'Appalto, nella parte in cui esige che la pregressa esperienza di supporto, affiancamento ed assistenza tecnica ad una Pubblica Amministrazione, con riferimento alla nuova programmazione 2007/2013 debba essere stata prestata a favore di uno degli organismi intermedi individuati dai

documenti programmatici della sola Regione Campania 2007-2013 (Province e Comuni sopra i 50.000 abitanti), risulti, attesa la formulazione letterale, estremamente restrittiva della concorrenza.

A supporto della censura mossa nei confronti della *lex specialis* di gara, l'istante PENELOPE S.p.A. adduce, in primo luogo, il fatto che l'attuazione della nuova programmazione comunitaria (Programmi operativi FESR-FSE-PSR) è stata avviata in Campania solo nel corso dell'anno 2008 e i primi bandi attuativi sono stati adottati con decreto dirigenziale regionale n. 68 del 18 aprile 2008, per cui risulta difficile ipotizzare l'esistenza di un adeguato numero di potenziali concorrenti che abbiano avuto la materiale possibilità di maturare in Campania l'esperienza pretesa che, per di più, il suddetto Capitolato richiede debba essere conclusa, non contemplando l'ipotesi che le attività in questione siano in corso di realizzazione. In secondo luogo, risulterebbero parimenti incomprensibili – a giudizio dell'istante – le ragioni per le quali l'eventuale pregressa esperienza dovrebbe essere stata apprestata solo in favore di uno degli organismi intermedi individuati dai documenti programmatici della Regione Campania 2007-2013 (Province e Comuni sopra i 50.000 abitanti), atteso che la figura di diritto comunitario dell'“organismo intermedio” è di portata generale, comune a tutta la nuova programmazione comunitaria, per cui è ben possibile riscontrare enti con le medesime caratteristiche dimensionali anche in regioni diverse dalla Campania.

Dal canto suo, il Comune di Afragola, nel rispondere alle richieste di informazioni formulate da questa Autorità nell'istruttoria procedimentale, si è limitato a comunicare, in data 17 luglio 2009, che l'impresa istante PENELOPE S.p.A. non risultava tra i concorrenti della gara per l'appalto del servizio in oggetto.

### **Ritenuto in diritto**

In ordine alla mancata partecipazione dell'impresa istante alla gara in oggetto, in via preliminare occorre precisare che, nella prassi dell'Autorità, il requisito della partecipazione alla procedura concorsuale viene generalmente considerato necessario per poter rivolgere l'istanza di parere, anche alla luce della causa di inammissibilità introdotta dall'art. 3 del nuovo regolamento, attinente all'“assenza di una controversia insorta fra le parti”. Infatti, chi non abbia partecipato alla procedura concorsuale, resta un soggetto terzo rispetto alle eventuali controversie che possano insorgere tra la stazione appaltante e le altre parti interessate.

Nel caso di specie, tuttavia, opera il noto principio per cui, laddove si sia in presenza di una clausola c.d. escludente - cioè di clausole che precludono la partecipazione alla gara, impedendo l'ammissione alla stessa, e di quelle che non consentono di effettuare un'offerta concorrenziale - l'onere di presentare la domanda di partecipazione costituisce un inutile aggravio a carico dell'impresa (Consiglio Stato, sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217). Inoltre, nei casi in cui, come quello in esame, la richiesta di parere investa questioni di massima che riguardino aspetti cruciali delle regole della concorrenza, sulla corretta osservanza delle quali l'Autorità è istituzionalmente deputata a vigilare nel settore di propria competenza, può sussistere un interesse strumentale di un soggetto non partecipante alla gara all'enunciazione di principi che possano orientare, anche in futuro, le stazioni appaltanti nella stesura dei bandi di gara nel pieno rispetto delle regole del mercato.

Come già evidenziato nel parere n. 95 del 20 marzo 2008, l'Autorità è infatti competente ad esaminare l'avvenuto rispetto della concorrenza sotto il profilo della garanzia di un'ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore ed in particolare è chiamata a vigilare su un'effettiva concorrenza che, come recentemente statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza

del 22 novembre 2007, n. 401, deve essere intesa come concorrenza “per” il mercato, in cui il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali.

Nel merito, è principio noto in giurisprudenza quello per cui le amministrazioni possono richiedere alle imprese requisiti di partecipazione ad una gara di appalto e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché, tuttavia, tali prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, non limitino indebitamente l’accesso alla procedura di gara e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell’appalto (si vedano in questo senso le decisioni del Consiglio di Stato n. 2304/2007 e n. 5377/2006 e le più recenti n. 525 del 2 febbraio 2009 e n. 3655 del 23 luglio 2008).

A nessuno dei suddetti canoni corrisponde, invero, il requisito summenzionato che limita indebitamente, come sostenuto dall’impresa istante, le platee dei potenziali concorrenti all’affidamento del servizio di cui trattasi, non risultando conforme a ragione il nesso di territorialità dal medesimo previsto e l’affidabilità del futuro contraente in termini di capacità tecnica. E’ da ritenere, infatti, che detto requisito finisca solo per avvantaggiare le imprese locali che operano sul territorio della Regione Campania, ponendosi in contrasto con i principi di *par condicio* e libera concorrenza, nonché con gli artt. 58 e 59 del Trattato UE che prescrivono il divieto alle restrizioni della libera prestazione di servizi (in tal senso si vedano, *ex multis*, i recenti Pareri di questa Autorità n. 2 del 15 gennaio 2009 e n. 64 del 20 maggio 2009).

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la *lex specialis* della gara in oggetto, indetta dal Comune di Afragola, non è conforme alla normativa di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 febbraio 2010