

Parere n. 44 del 25/02/2010

Protocollo PREC 165/09/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 Equitalia Etr S.p.A. – Affidamento in concessione della gestione ordinaria, nonché della gestione delle attività di accertamento, liquidazione e riscossione dell'imposta comunale sugli immobili (ICI), della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (TOSAP), dell'imposta comunale sulla pubblicità e del diritto sulle pubbliche affissioni del Comune di Santeramo in Colle per il periodo 01/01/2009 - 31/12/2013 –S.A.: Comune di Santeramo in Colle (BA)

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 29 dicembre 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Equitalia Etr S.p.A., interessata a partecipare alla gara per l'affidamento in concessione dei servizi in oggetto, ha postulato l'illegittimità dell'art. 13, ultimo comma, del Capitolato Speciale di Appalto, in base al quale "Il concessionario è tenuto ad assumere alle proprie dipendenze il personale adibito alla gestione del servizio di controllo ed accertamento ICI, del servizio di accertamento e riscossione della Imposta Comunale sulla pubblicità, TOSAP e diritti sulle pubbliche affissioni, alle dipendenze della Ditta uscente alla data del 30/06/2008", chiedendo formalmente al Comune di Santeramo in Colle l'espunzione di detta previsione dagli atti e documenti di gara qualora l'assunzione richiesta non rientri nei casi di assunzione obbligatoria imposta da specifiche disposizioni di legge o della contrattazione collettiva nazionale di riferimento. Al riguardo l'impresa istante ha, altresì, rappresentato che la stazione appaltante ha replicato alle eccezioni mosse dichiarando che il suddetto obbligo di assunzione del personale non trae origine da nessuna disposizione di legge né da prescrizioni contenute nel CCNL di riferimento, bensì da una mera volontà dell'Amministrazione concedente, prevista dalla deliberazione consiliare n. 71 dell'8 ottobre 2008 al fine di salvaguardare il livello occupazionale.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Santeramo in Colle ha svolto le deduzioni di spettanza, rassegnando la nota n. 20608 del 18 novembre 2009, con la quale ha precisato che il Consiglio Comunale, con la citata deliberazione n. 71 dell'8 ottobre 2008, nel determinare l'affidamento in concessione dei servizi in oggetto, ha espressamente emanato la direttiva per cui il concessionario è tenuto ad assumere il personale alle dipendenze della Ditta uscente alla data del 30/06/2008, poi recepita nel contestato art. 13, ultimo comma, del Capitolato Speciale di Appalto, che costituisce, nella circostanza specifica, la *lex specialis* della procedura di gara in oggetto.

L'istante Equitalia Etr S.p.A., dal canto suo, si è limitata a ribadire, con nota del 16 novembre 2008, le considerazioni già espresse in sede di presentazione dell'istanza di parere in oggetto.

Ritenuto in diritto

Premesso che non si può dubitare che l'istante Equitalia Etr S.p.A., interessata a partecipare alla procedura di gara in oggetto, abbia un interesse qualificato, concreto ed attuale a contestare la legittimità dell'art. 13, ultimo comma, del Capitolato Speciale di Appalto, nella misura in cui la clausola in questione stabilisce un obbligo apparentemente irragionevole e menomativo della partecipazione alla gara stessa, non consentendo di effettuare un'offerta concorrenziale, per cui 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), nel caso di specie, la questione controversa sottoposta a questa Autorità consiste propriamente nello stabilire se la previsione oggetto di contestazione, in base alla quale "Il concessionario è tenuto ad assumere alle proprie dipendenze il personale adibito alla gestione del servizio di controllo ed accertamento ICI, del servizio di accertamento e riscossione della Imposta Comunale sulla pubblicità, TOSAP e diritti sulle pubbliche affissioni, alle dipendenze della Ditta uscente alla data del 30/06/2008", sia effettivamente da ritenersi irragionevole e non giustificabile.

Come più volte chiarito da questa Autorità e da giurisprudenza costante, in sede di gara l'amministrazione è legittimata a introdurre nella *lex specialis* disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, al fine di consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di pregnanti requisiti di capacità tecnica e finanziaria, salvo che tale scelta sia eccessivamente e irragionevolmente limitativa della concorrenza, specie se destinata a predeterminare, in linea di fatto, il ventaglio dei possibili partecipanti (cfr. per tutti parere dell'Autorità 19 giugno 2008, n. 188 e tra le pronunce più recenti sull'argomento TAR Lazio, Roma, sez. I, 18 marzo 2009, n. 2790).

Nella fattispecie in esame, tuttavia, la clausola contestata non introduce una prescrizione che assurge a requisito minimo di capacità economico-finanziaria o tecnica che l'aspirante deve possedere per partecipare alla gara, per cui si possa parlare di legittimo esercizio da parte della stazione appaltante della facoltà ad essa riconosciuta di prevedere requisiti di partecipazione ulteriori ed eventualmente anche più severi rispetto a quelli previsti dal Codice dei contratti pubblici, né stabilisce uno specifico criterio di valutazione dell'offerta, in relazione alla qualità del servizio che si intende affidare. Nel caso in esame, infatti, non sono in discussione né la garanzia dell'affidabilità minima del concorrente, né l'individuazione dell'offerta migliore, quali elementi essenziali del contratto pubblico da porre in essere per soddisfare le esigenze della stazione appaltante, ma si tratta soltanto di soddisfare un'esigenza sociale, estranea alla causa del contratto, ossia - come riferito dalla stazione appaltante - di salvaguardare il livello occupazionale, attraverso l'introduzione di un elemento, quale l'obbligo in capo al concorrente di assumere il personale alle dipendenze della Ditta uscente alla data del 30/06/2008, cui fa apposito riferimento l'art. 13, ultimo comma, del C.S.A. che, si ribadisce, non assurge né a requisito di valutazione dell'idoneità del candidato né a criterio di valutazione della sua offerta.

Conseguentemente, la previsione di un siffatto obbligo da parte della *lex specialis* di gara, appare giustificabile solo nei limiti in cui lo stesso sia imposto da specifiche disposizioni di legge o della contrattazione collettiva nazionale di riferimento - circostanza non sussistente nella specie per espressa affermazione della stessa stazione appaltante - risultando, altrimenti, la clausola in questione senz'altro lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, al quale non si sottrae nemmeno la concessione di servizi che viene in rilievo nel caso di specie.

Una siffatta lettura della clausola oggetto di contestazione sembra, peraltro, avvalorata da un recente orientamento giurisprudenziale che, anche in presenza di una clausola sociale introdotta nella *lex specialis* sulla base di specifiche disposizioni della contrattazione collettiva nazionale ha

individuato un limite alla sua operatività nella possibilità di armonizzare l'assorbimento dei lavoratori che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante (in tal senso v. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3900).

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la previsione del capitolato speciale di appalto, contestata dall'impresa istante Equitalia Etr S.p.A. sia irragionevole e non giustificata.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 Marzo 2010