

## **Parere n.207 del 24/11/2011**

### **PREC 8/10/S**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006, presentata dalla M.T. S.p.a. – Affidamento in concessione della gestione del servizio delle pubbliche affissioni, del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, del diritto sulle pubbliche affissioni, del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche e della tassa giornaliera di smaltimento per il periodo 1.1.2010 – 31.12.2015 - Importo a base d'asta aggio dell'8,34% - S.A.: Comune di Bologna.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

Con istanza pervenuta in data 19.11.2009, la M.T. S.p.a. ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere in merito alla legittimità del Bando di gara predisposto dal Comune di Bologna per l'affidamento in concessione del servizio in oggetto, nella parte in cui richiede, tra i requisiti di partecipazione, di *“aver gestito, senza essere incorsi in contestazioni per gravi inadempienze, nell'ultimo quinquennio 1/1/2004 - 31/12/2008, per la durata di almeno tre anni, servizi identici a quello delle pubbliche affissioni ed al servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, del diritto sulle pubbliche affissioni e della tassa o canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche in almeno 1 Comune di pari classe II (popolazione tra 100.000 e 500.000 abitanti) o superiore”*(art.4, punto 4.12).

Ritiene l'istante che tale requisito si ponga in contrasto con i principi di ragionevolezza, proporzionalità e massima partecipazione, in quanto sul mercato sarebbe presente una sola impresa in grado di dimostrare di aver svolto il servizio di accertamento e riscossione della ICP, della DPA e della COSAP in un Comune di classe pari a quello di Bologna.

La scelta della Stazione Appaltante di richiedere, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica, di aver svolto servizi identici a quello oggetto dell'appalto sarebbe da ritenersi illegittima alla luce della disciplina di cui all'art. 42 del D.lgs.163/2006 secondo cui, la dimostrazione delle capacità tecniche può avvenire attraverso la *“presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni...”* oltre che attraverso gli altri elementi probatori elencati nella norma stessa.

Pur considerando la possibilità, riconosciuta alle Stazioni Appaltanti, di fissare dei requisiti di ammissione più stringenti e restrittivi rispetto a quelli previsti dal citato art.42, tale discrezionalità incontra pur sempre il limite del necessario rispetto dei principi di logicità e ragionevolezza e necessita di adeguata motivazione da parte della Stazione Appaltante, mentre, nel caso in esame, secondo quanto sostenuto dalla società istante, il requisito richiesto non troverebbe alcuna giustificazione in relazione all'oggetto del contratto (svolgimento di attività di accertamento e riscossione di tributi locali) finendo per determinare solo *“una drastica riduzione dei soggetti*

*economici potenzialmente in grado di partecipare alla procedura selettiva, senza aggiungere alcuna garanzia ulteriore per l'ente in merito alla professionalità dell'aspirante contraente".*

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Bologna, con nota pervenuta il 3.2.2010, dopo aver premesso che - la M.T. S.p.a. non aveva presentato domanda di partecipazione alla gara, né come impresa singola né in raggruppamento temporaneo di imprese e che alla procedura avevano partecipato tre operatori economici, ha ribadito la legittimità del requisito contestato, sottolineando come *"la natura peculiare del servizio, concretandosi nel trasferimento a privato di attività eminentemente pubbliche, esige l'adozione di particolari cautele volte a garantire l'interesse pubblico"*.

In particolare la Stazione Appaltante motiva la scelta del requisito in esame in quanto lo svolgimento di un servizio tributario in un comune di grandi dimensioni con relativo gettito fiscale, necessariamente richiede che l'impresa incaricata abbia caratteristiche organizzative, tecniche e finanziarie adeguate e certamente diverse da quelle che si richiedono ad un'impresa chiamata a gestire lo stesso servizio in comuni di piccole dimensioni.

Pertanto, dal momento che l'iscrizione all'albo ex art.53 del D.lgs.446/97 abilita astrattamente l'impresa a partecipare a gare nei comuni di piccole dimensioni come in quelli di medie o grandi dimensioni, il Comune di Bologna ha ritenuto razionale e rispondente ai criteri di proporzionalità la prescrizione contenuta nel bando di gara con la quale si richiede come ulteriore requisito tecnico, un attestato di servizi identici espletati in almeno un ente di pari dimensioni.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa sottoposta all'esame di questa Autorità concerne la legittimità del Bando di gara, nella misura in cui all'art.4, punto 4.12, già riportato in fatto, richiede un requisito di capacità tecnico-professionale ritenuto sproporzionato dalla società istante.

L'esame della congruità e ragionevolezza di tale requisito va condotto richiamando la disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici in tema di requisiti di capacità tecnico-professionale dei prestatori di servizi, tenendo conto delle peculiarità connesse all'oggetto del servizio in questione.

L'art. 42, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, elenca diversi documenti attraverso cui è possibile attestare la capacità tecnica e professionale dei concorrenti *"a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi"*, in particolare, la stessa può essere dimostrata anche con la presentazione dell'elenco dei principali servizi o forniture prestati negli ultimi tre anni, con le indicazioni degli importi e degli altri dati rilevanti; il successivo comma prevede che la Stazione Appaltante precisi nel bando di gara o nella lettera d'invito quali dei documenti e requisiti indicati nel comma precedente devono essere presentati o dimostrati.

Orbene, se, come affermato dalla Corte di Giustizia europea, (CGCE 17 novembre 1993, causa n. C-71/92) è da considerarsi illegittimo l'operato della Stazione Appaltante che imponga mezzi di prova diversi da quelli contemplati dalla disciplina comunitaria al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale, è invece ammissibile, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, che la Stazione Appaltante richieda requisiti ulteriori e più restrittivi rispetto a quelli stabiliti dalla legge, con il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. (Cons. Stato, sez.V, 8 settembre 2008, n.3083; sez. VI, 23 luglio 2008, n.3655; sez. V, 7 aprile 2006, n. 1878).

In sostanza, è necessario che la discrezionalità di cui certamente la stazione appaltante gode nella fissazione dei requisiti, sia esercitata in modo tale da non correre il rischio di restringere in modo ingiustificato lo spettro dei potenziali concorrenti o di realizzare effetti discriminatori tra gli stessi, in linea con quanto stabilito dall'art. 44, par. 2 della direttiva 2004/18/CE, secondo il quale i livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto stesso.

Al riguardo anche questa Autorità si è più volte espressa (in tal senso cfr. Pareri nn. 33/2008, 55/2010, 102 e 122/2011), affermando che sono da considerarsi legittimi i requisiti richiesti dalle Stazioni Appaltanti che, pur essendo ulteriori e più restrittivi rispetto a quelli previsti dalla legge, risultino tuttavia pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito; tali requisiti possono essere censurati solo allorché appaiano viziati da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara (Cons. Stato, 15 dicembre 2005, n. 7139).

In relazione al caso di specie, quindi, l'esame dell'operato dell'Amministrazione va condotto tenendo conto del particolare oggetto dell'appalto da affidare: servizio delle pubbliche affissioni, del servizio di accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, del diritto sulle pubbliche affissioni, del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche e della tassa giornaliera di smaltimento per il periodo 1.1.2010 – 31.12.2015.

In considerazione della evidente specificità del servizio oggetto della concessione e della correlata specifica idoneità professionale richiesta al gestore, non appare sproporzionato il requisito richiesto dalla Stazione Appaltante, di attestare la capacità tecnico professionale non già attraverso l'elencazione di servizi semplicemente analoghi, bensì dimostrando di aver effettuato servizi identici a quelli oggetto della concessione in almeno un ente delle stesse dimensioni.

Come ha, infatti, sottolineato la Stazione Appaltante nelle proprie controdeduzioni, il servizio richiesto, ha ad oggetto l'esercizio, a cura di un soggetto privato, di attività, potestà e funzioni di natura pubblicistica, che richiedono particolari cautele, qualità organizzative, tecniche e finanziarie indispensabili per gestire un servizio tributario che assicura un apprezzabile gettito fiscale in favore di un Comune di dimensioni medio-grandi, pertanto è evidente che la specifica esperienza pregressa proprio in un Comune di grandi dimensioni, risulti funzionale alla migliore esecuzione del servizio e, quindi, alla tutela dell'interesse pubblico.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disposizione del Bando di gara censurata sia conforme alla disciplina di cui all'art.42 del D.lgs. n.163/2006

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 dicembre 2011*

Il Segretario: Maria Esposito