

## **Parere n.125 del 06/06/2014**

### **PREC 69/14/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 INPA S.p.A. – Procedura aperta per l’ “Affidamento in concessione del servizio di gestione, accertamento e riscossione ordinaria e coattiva dell’imposta comunale sulla pubblicità, della tassa per l’occupazione di spazi ed aree pubbliche, dei diritti sulle pubbliche affissioni, compresa la materiale affissione di manifesti, eventuale gestione dei canoni patrimoniali concessori non ricognitori qualora l’Ente si dotasse di un apposito regolamento”– Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: € 1.620.000,00 – S.A.: Comune di Civitavecchia.

**Artt. 41 e 42 D.Lgs. n. 163/2006. Discrezionalità della stazione appaltante. Ragionevolezza e proporzionalità nella fissazione dei requisiti di partecipazione.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 13 marzo 2014 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la ditta INPA S.p.A. assume che i requisiti richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione alla procedura indetta dal Comune di Civitavecchia sarebbero sproporzionati rispetto al servizio richiesto, e tali da avere effetti restrittivi sulla concorrenza. In particolare, l’istante contesta il bando di gara nella parte in cui (punto 12 *sub* 2)) impone, a fini partecipativi, che il concorrente “...abbia effettuato riscossioni di entrate tributarie per conto di Enti Locali negli ultimi tre esercizi (2010/2012), non inferiori ad €10.000.000,00 per ciascun esercizio”.

Tale requisito, dice l’istante, sarebbe in violazione dell’art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006, essendo pari a circa trenta volte l’importo annuo del servizio (€324.000,00) e dieci volte il gettito annuo presunto (1.080.000,00).

La INPA S.p.a. contesta, inoltre, una seconda previsione del bando di gara ovvero quella secondo cui la ditta partecipante deve avere “...avuto alle proprie dipendenze, regolarmente assunte a tempo indeterminato, un numero medio annuo di unità lavorative non inferiore a 100 nell’ultimo triennio” (cfr. punto 13 *sub* 2). Anche tale requisito, pur rettificato successivamente a 50, sarebbe in contrasto con la citata statuizione normativa contenuta nel Codice dei contratti pubblici perché non proporzionato con la natura e l’oggetto dell’appalto, tanto che soltanto 3 o 4 ditte operanti nel settore sarebbero in grado di partecipare alla selezione. L’istante sostiene che la disciplina di gara, così come concepita, vanificherebbe la *ratio* stessa dell’obbligo di iscrizione, in capo alle aziende che gestiscono tributi per conto degli Enti locali, nell’apposito Albo istituito presso il Ministero delle Finanze, presupponendo questo la verifica, da parte di una commissione all’uopo istituita, dell’idoneità finanziaria, tecnica e organizzativa nella gestione delle attività di liquidazione ed accertamento dei tributi e delle entrate degli EE.LL.. Avanzata istanza di annullamento in autotutela delle predette disposizioni di bando da parte della società istante, con nota del 23 gennaio 2014, il Comune di Civitavecchia, con atto del 27/02/2014, la respingeva, evidenziando che il requisito di capacità economica contestato riflette l’esigenza di assicurarsi la serietà ed affidabilità dell’azienda affidataria, non garantita dalla mera iscrizione all’Albo, e la intervenuta rettifica della previsione relativa al numero medio annuo di unità lavorative. E’ altresì sottolineato che può essere dimostrato anche attraverso gli istituti dell’avalimento e del raggruppamento temporaneo di imprese.

La INPA S.p.A. ritiene che le argomentazioni offerte dalla SA a sostegno del diniego di intervento in autotutela non siano convincenti, osservando che il volume delle riscossioni ed il numero elevato di dipendenti non sarebbero indice di serietà ed affidabilità dell’azienda.

In sede di istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 31 marzo 2014, nessuna delle parti del procedimento fa pervenire memoria a sostegno delle rispettive posizioni.

### **Ritenuto in diritto**

La questione agitata dalla ditta istante investe la legittimità della disciplina di gara in ordine alla determinazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria, da un lato, e tecnica, dall'altro, secondo i paradigmi normativi rinvenibili rispettivamente, agli artt. 41 e 42 del Codice dei contratti pubblici. Prima di esaminare tali rilievi, occorre rammentare che la giurisprudenza amministrativa ha più volte evidenziato che "La stazione appaltante gode di ampio potere discrezionale nella scelta dei requisiti di capacità tecnica ed economica, avendo come unico limite quello della non manifesta irragionevolezza" (Cfr. T.A.R. Aosta Valle d'Aosta, sez. I, 20 giugno 2012, n. 56). Tale diaframma discrezionale non è tuttavia illimitato, tant'è che va considerato illegittimo ogni bando di gara che produca l'effetto di restringere la concorrenza e la massima partecipazione degli operatori del settore, senza un'ammissibile ragione, in violazione dell'articolo 49 (*ex* 59) del Trattato CE, norma ritenuta applicabile a tutti gli appalti, di qualsiasi importo essi siano. Invero, la possibilità riconosciuta alle stazioni appaltanti di fissare discrezionalmente i requisiti di partecipazione incontra necessariamente i limiti della ragionevolezza, della proporzionalità e del rispetto del principio della libera concorrenza, per scongiurare il rischio di determinare una eccessiva compressione della concorrenza in contrasto con il fondamentale interesse pubblico a realizzare una effettiva apertura del mercato, che si persegue attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità. Questa Autorità (Determinazione 21 maggio 2009, n. 5) ha da parte sua affermato, con riferimento alle procedure di affidamento di forniture e di servizi alla luce proprio degli artt. 41 e 42 del d.lgs. n. 163/2006, che "il Codice...ha lasciato ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti, seppure senza eccedere l'oggetto dell'appalto, circa la scelta dei requisiti, della loro qualificazione e dei relativi mezzi di prova". Ma questa Autorità si è interrogata anche in ordine alla possibile ricaduta dell'evoluzione normativa in materia. Ha così osservato che la novella legislativa recata dal D.L. n. 70/2011, come integrato dalla relativa legge di conversione n. 106/2011 non elimina né riduce la discrezionalità della Pubblica Amministrazione nell'individuare i requisiti di partecipazione alle procedure di gara. Tant'è che con deliberazione n. 92 del 7 novembre 2012, si è affermato che il codice dei contratti pubblici, nel caso di servizi e forniture (artt. 41 e 42 del d.lgs. 163/2006), lascia ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti circa la possibilità di prevedere requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali prescrizioni rispettino i principi di proporzionalità e ragionevolezza, in modo tale da non restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e da non precostituire situazioni di assoluto privilegio (AVCP, parere n. 83 del 29/04/2010 e n. 110 del 27/05/2010, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 8914 del 29 dicembre 2009, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2304 del 3 aprile 2007, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 6534 del 23 dicembre 2008).

Pertanto, con espresso riferimento ai requisiti economico finanziari, la scelta dell'amministrazione di indicare la soglia minima di importo economico è espressione di discrezionalità amministrativa non sindacabile in quanto esercitata nell'ambito dei parametri della logicità, ragionevolezza e proporzionalità (parere precontenzioso n. 10 del 13.02.2013).

La ragionevolezza dei requisiti, però, non deve essere valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto ed alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara. L'Autorità, al pari della giurisprudenza, ha più volte affermato che la richiesta di fatturato relativa al triennio pregresso, qualora superi il doppio dell'importo a base della gara, debba ritenersi incongrua o non proporzionata e lesiva della concorrenza (cfr. *ex multis*, Parere n.59 del 7/05/2009).

Da quanto sopra, quindi, emerge che le perplessità sollevate dall'istante risultano fondate, in quanto la formula di bando, in punto di requisiti di partecipazione, appare esorbitare dai confini entro i quali, come evidenziato, può spiegarsi la discrezionalità che compete al soggetto appaltante, avuto

riguardo al notevole ed ingiustificato divario tra il valore del contratto, determinato dal bando di gara (punto 2) in €1.080.000,00 ed il volume di “riscossioni di entrate tributarie per conto di Enti Locali negli ultimi tre esercizi (2010/2012), non inferiori ad euro 10.000.000,00, per ciascun esercizio”. La portata ineluttabilmente restrittiva del confronto concorrenziale non può ritenersi temperata dalla possibilità, riconosciuta espressamente dallo stesso bando di gara, di riunirsi in associazione temporanea, avuto riguardo ai requisiti finanziari e/o tecnici minimi richiesti in capo alle ditte associate, pari almeno al 60 % per la mandataria e al 40 % per le mandanti (punto 12 del bando), tali ciò da risultare comunque molto superiori al valore dell'appalto. Nemmeno può felicemente soccorrere l'istituto dell'avvalimento, che pure è richiamato dal bando di gara e che è comunque applicabile *ope legis* alla procedura in esame. Pervero, deve ritenersi ammesso, per i servizi, l'avvalimento frazionato plurimo, a prescindere dal recente intervento del giudice comunitario (Corte di Giustizia, sezione V, sentenza 10 ottobre 2013, in causa C-94/12), riguardando questo il diverso settore dei lavori, oggetto del divieto di cui al comma 6, dell'art. 49 d.lgs. n. 163/2006. Tuttavia, il ricorso all'avvalimento non può di certo comportare la polverizzazione dei requisiti di partecipazione contestati, stante il notevole divario tra questi e il valore dell'appalto, pari, per quanto riguarda il gettito fiscale, ad un rapporto di uno a dieci. Fermo restando che la possibilità di fare ricorso ai predetti istituti per sopperire alla carenza dei requisiti di partecipazione alla gara non vale a temperare la portata applicativa del superiore principio di ragionevolezza e proporzionalità in sede di individuazione dei requisiti di partecipazione alla gara. Peraltro, i dati forniti dall'istante, non contraddetti dalla SA nelle sue memorie di controdeduzioni, consentono di rilevare il carattere indebitamente sproporzionato anche del requisito relativo al numero medio annuo di unità lavorative impiegato nell'ultimo triennio, in quanto, pur rettificato a 50, verrebbe soddisfatto soltanto da tre o quattro delle oltre cento società iscritte all'Albo di cui al d.lgs. n. 446/97. Inoltre tale coefficiente numerico risulta di gran lunga superiore al numero di dipendenti richiesto dal capitolato d'oneri per l'esecuzione del servizio “nella misura minima di 4 risorse locali oltre un addetto part-time al servizio di mera affissione” (cfr. art. 17). In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara predisposta dal Comune di Civitavecchia non sia conforme alla normativa di settore per quanto attiene ai requisiti di partecipazione alla gara.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 giugno 2014

Il Segretario Maria Esposito