

## **Parere n. 97 del 7 maggio 2014**

### **PREC 299/13/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 Marsh s.p.a. – “Affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo” – importo a base di gara euro 262.538,49 – S.A.: Comune di Parma.

**art. 42 del Codice – requisiti di capacità tecnica – disponibilità di una filiale aziendale nel territorio comunale – illegittimità.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 29 novembre 2013 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale la Marsh s.p.a. ha chiesto a questa Autorità un parere in merito alla legittimità del bando di gara pubblicato dal Comune di Parma per l'appalto triennale del servizio di brokeraggio assicurativo, di importo complessivo stimato pari ad euro 262.538,49 da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La società istante dubita, in particolare, della legittimità del paragrafo 19.1.15) del disciplinare di gara, che prescrive ai fini dell'ammissione il requisito di capacità tecnica così definito: “essere in possesso o impegnarsi ad aprire una filiale operativa nel territorio di Parma o Reggio Emilia entro e non oltre 60 gg. naturali e consecutivi dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione del servizio, pena la revoca dell'aggiudicazione”. Il paragrafo 19.4) del disciplinare precisa, al riguardo, che in caso di partecipazione in associazione temporanea la condizione dovrà essere soddisfatta per intero ed autonomamente dalla capogruppo.

Secondo la società istante, la clausola violerebbe i principi di non discriminazione e di libera prestazione dei servizi discendenti dal Trattato UE, sarebbe incompatibile con l'enumerazione tassativa delle tipologie di requisiti di capacità tecnico-professionale di cui all'art. 42 del Codice dei contratti pubblici, contrasterebbe altresì con i principi alla base dell'art. 49 del Codice in materia di avvalimento, nonché con i principi dettati dall'art. 37 del Codice e dall'art. 275 del D.P.R. n. 207 del 2010 in materia di associazioni temporanee d'impresa e, infine, non sarebbe giustificata in relazione alle concrete esigenze della stazione appaltante ed alle peculiarità del servizio.

Il Comune di Parma, formalmente avvisato dell'avvio del procedimento di precontenzioso con lettera del 16 dicembre 2013, ha trasmesso le proprie controdeduzioni scritte.

### **Ritenuto in diritto**

Con l'istanza in esame, la Marsh s.p.a. contesta la legittimità del disciplinare di gara adottato dal Comune di Parma nell'ambito della procedura aperta per l'affidamento triennale del servizio di brokeraggio assicurativo. Le censure si concentrano sul paragrafo 19.1.15) del disciplinare, che obbliga i concorrenti (e, nell'ipotesi di partecipazione in a.t.i., la società capogruppo) a dimostrare la disponibilità effettiva di una “*filiale operativa*” nelle province di Parma o Reggio Emilia.

La clausola è illegittima.

L'Autorità si è più volte pronunciata censurando la prassi, seguita da diverse stazioni appaltanti, di inserire nei bandi di gara clausole non conformi ai principi sanciti dal Trattato UE e richiamati dall'art. 2 del Codice di contratti pubblici, con particolare riferimento ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Tra queste, la prassi di inserire nel bando di gara clausole volte a riconoscere la preferenza per le imprese operanti nel territorio in cui si dovrà svolgere l'appalto, che il più delle volte risulta illegittima in

quanto destinata a tradursi nell'ingiustificato privilegio accordato ad operatori economici locali (cfr. A.V.C.P., parere 20 febbraio 2013 n. 15; Id., deliberazione 7 novembre 2012 n. 95; Id., parere 20 maggio 2009 n. 62; Id., parere 15 gennaio 2009 n. 2).

Sotto altro profilo, va ribadito che le Amministrazioni che indicano una gara possono integrare in senso più restrittivo i requisiti soggettivi di capacità tecnica ed economica previsti dalla normativa interna o comunitaria, per specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto, ma è pacifico che l'esercizio di siffatta potestà non si sottrae all'osservanza dei limiti intrinseci della discrezionalità amministrativa, ossia ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, ed in ogni caso non può avere l'effetto di limitare indebitamente l'accesso alla procedura di gara ed il confronto concorrenziale in un determinato settore (cfr., tra molte: Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2006 n. 7448; Id., sez. V, 2 febbraio 2010 n. 426). E' opportuno che la congruità e la ragionevolezza dei requisiti di ammissione siano vagliate in concreto, ponendo attenzione alla natura delle prestazioni effettivamente rimesse all'appaltatore, secondo la disciplina contrattuale predisposta dall'Amministrazione, e con riguardo all'oggetto dell'appalto ed alle sue specifiche peculiarità: la richiesta di un determinato requisito va perciò correlata al concreto interesse perseguito dall'Amministrazione nella selezione del miglior contraente (cfr. A.V.C.P., parere 15 aprile 2010 n. 71).

La discrezionalità delle stazioni appaltanti incontra un limite ancor più stringente nel dato normativo riguardante i requisiti di capacità tecnica. Infatti, l'art. 42 del Codice dei contratti pubblici, che disciplina la capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi riproducendo il contenuto dell'art. 48 Direttiva 2004/18/CE, dispone al secondo comma che la stazione appaltante precisa nel bando di gara o nella lettera d'invito quali dei documenti e dei requisiti indicati al precedente primo comma devono essere presentati e dimostrati dai concorrenti. L'elenco contenuto nella norma in esame, a differenza di quello dell'art. 41 del Codice (relativo alla capacità economica e finanziaria negli appalti di servizi e forniture), è stato considerato tassativo, anche in virtù dei principi affermati dalla Corte di Giustizia UE (cfr., in proposito: A.V.C.P., parere 20 ottobre 2010 n. 177; Id., parere 21 dicembre 2011 n. 237; da ultimo, in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, si veda A.V.C.P., determinazione 10 ottobre 2012 n. 4).

Nella fattispecie in esame, le giustificazioni addotte dal Comune di Parma non appaiono convincenti. Non risulta chiaro il nesso tra la disponibilità di una filiale operativa nelle province di Parma o Reggio Emilia e l'affidabilità del contraente, anche in considerazione della specificità del servizio di brokeraggio, che normalmente non richiede la presenza materiale e continua del consulente per soddisfare le esigenze dell'ente, ben potendo le parti comunicare tra loro con gli ordinari mezzi telefonici e telematici.

Peraltro, gli effetti ingiustamente restrittivi della concorrenza sono accentuati, nella clausola in esame, dall'ulteriore condizione imposta per l'ipotesi di partecipazione nella forma del raggruppamento temporaneo d'impresе, laddove viene imposto alla mandataria di garantire in via autonoma la disponibilità della filiale operativa.

Infine, e proprio con specifico riferimento alle gare per l'appalto del servizio di brokeraggio, va rammentato che l'Autorità ha recentemente censurato, tra l'altro, la prassi di prescrivere "... la disponibilità di una sede nel comune in cui è localizzata la stazione appaltante come requisito di partecipazione ... tali elementi introducono distorsioni nella concorrenza, restringendo in modo ingiustificato il numero di potenziali concorrenti alla gara e favorendo gli operatori economici di dimensioni maggiori, senza che ciò risulti in alcun modo correlato con la qualità dell'offerta" (cfr. A.V.C.P., determinazione 13 marzo 2013 n. 2).

Ne discende l'illegittimità del disciplinare di gara adottato dal Comune di Parma, per il profilo esaminato.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che il Comune di Parma, nel disciplinare di gara per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo, ha illegittimamente prescritto quale requisito di capacità tecnica la disponibilità effettiva di una "filiale operativa" nelle province di Parma o Reggio Emilia.

Il Vice Presidente: Sergio Gallo

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 maggio 2014

Il Segretario: Maria Esposito