Il *favor partecipationis* quale limite al potere di predeterminazione dei requisiti di ammissione

La Sezione Prima del T.a.r. per la Lombardia è intervenuta, con una recente sentenza (n. 7590 del 18.12.2010), per dirimere una controversia in merito ad una clausola di un bando di servizi di accertamento e riscossione dell'imposta sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni, ritenuta restrittiva della concorrenza. Tale clausola prevedeva, quale requisito di partecipazione, la pregressa esperienza, nel predetto servizio, di almeno tre anni e in almeno tre comuni di pari classe o superiore.

La ricorrente nel giudizio *de quo* impugnava detta clausola deducendo la violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e libera concorrenza, violazione della direttiva CE 50/92, e degli artt. 97 e 41 Cost., violazione del principio del libero esercizio dell'impresa: infatti, secondo l'impresa esclusa, il requisito del pregresso servizio triennale identico in comuni di classe III, sarebbe stato arbitrariamente restrittivo della concorrenza in quanto avrebbe precluso la partecipazione alla gara di quelle imprese che, pur svolgendo identico servizio in molti comuni, tuttavia non ne avessero svolti a sufficienza in comuni di classe III.

Invero, si può sostenere che negli appalti aventi ad oggetto il servizio di accertamento e riscossione, assume primaria rilevanza la previsione dell' iscrizione all'apposito albo dei soggetti abilitati ad effettuare detta attività, ai sensi dell'art. 53 del D.Lgs. 446/1997, quale requisito di idoneità professionale.

Per quanto concerne, invece, i requisiti di capacità tecnica e professionale, la giurisprudenza amministrativa più volte ha stabilito che "**la stazione appaltante può fissare discrezionalmente i requisiti di partecipazione, anche superiori rispetto a quelli previsti dalla legge, purché essi non siano manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici, nonché lesivi della concorrenza**" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14.12.2006 n. 7460; Cons. Stato, sez.

V,13.12.2005 n. 7081), ovvero, "*l'amministrazione può richiedere requisiti aggiuntivi in quanto rientra negli ambiti del potere discrezionale della stazione appaltante l'integrazione delle prescrizioni contenute nella normativa generale di riferimento, al fine di ottenere dalle imprese concorrenti un* ***livello di qualificazione idoneo a garantire il buon funzionamento del servizio da gestire"****.* (Si vedano anche Consiglio di Stato, V, 6 agosto 2001 n. 4237; V, 15 febbraio 2002 n. 919). La giurisprudenza consente, pertanto, che la stazione appaltante determini discrezionalmente i requisiti di partecipazione in relazione alle peculiarità del servizio da espletare, purché non costituiscano un'indebita restrizione all'accesso alla procedura di gara - "*E' ammessa la facoltà di indicare tra i requisiti soggettivi necessari per la partecipazione a gare pubbliche per l'affidamento di lavori, forniture e servizi pubblici anche requisiti specifici ed ulteriori rispetto a quelli fissati a livello normativo solo se l'accesso alla procedura non è indebitamente ristretto, se vi sono esigenze concrete imposte dalla natura dell'affidamento che giustificano tale eccezione e* ***se le previsioni particolari sono proporzionali alla scopo da perseguire*** *e ragionevoli nella loro configurazione*". (Consiglio di Stato sez. V 13/10/2005 n. 5668).

Orbene, il Collegio investito della causa ha condiviso il principio secondo cui la predeterminazione, da parte dell'Ente, dei requisiti di ammissione alla gara incontra il limite della ragionevolezza e proporzionalità, da valutare con specifico riferimento all'oggetto dell'appalto e alle sue caratteristiche particolari, in modo da restringere non oltre lo stretto indispensabile il numero dei potenziali concorrenti (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 29 novembre 2010, n. 7404; Cons. Stato, Sez. V, 4 agosto 2010, n. 5201).

Nel caso di specie, le previsioni della *lex specialis* di gara introducevano un "requisito irragionevole e sproporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto, considerato, per un verso, che l'iscrizione, richiesta dalla stazione appaltante, all'albo nazionale delle imprese abilitate ai servizi di accertamento, liquidazione e riscossione dei tributi locali, istituito dall'art. 53 del D. lgs. n. 446/1997, costituisce di per sé presunzione di

Gare d'appalto a 360° www.mediagraphic.it info@mediagraphic.it

idoneità allo svolgimento del servizio; per altro verso che lo svolgimento di analogo servizio **in un solo comune** di pari dimensione si manifesta sufficiente ad assicurare l'idoneità tecnica delle società partecipanti".

Ufficio Consulenza