

# Sulla restrizione dei requisiti partecipativi, con specifico riguardo alla misura del fatturato prevista per poter concorrere all'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi

*Oliver Cristante*

**T.A.R. UMBRIA**, sez. I, 23 dicembre 2013, n. 568

*Pres. Est. Lamberti – Welfare Società Cooperativa Sociale (Avv. Anelli) c. Azienda Pubblica di servizi alla Persona Letizia Veralli, Giulio ed Angelo Cortesi (Avv. Calzoni).*

**Contratti della p.a. – Appalti pubblici di servizi – Procedura concorsuale – Requisiti speciali – Fatturato conseguito nel triennio – Nei confronti di committenti pubblici o privati – Interpretazione secondo i principi di massima concorrenzialità e *par condicio* – Implica la considerazione di entrambe le categorie di committenti – Eventuale restrizione – Legittima solo se adeguatamente motivata in rapporto al principio di proporzionalità.**

*La libera concorrenza e la parità di trattamento nelle gare comunitarie escludono che all'amministrazione sia data la facoltà di restringere la partecipazione con criteri limitativi della capacità tecnica: l'aggettivazione "pubblici o privati", contenuta nell'art. 42 del Codice a proposito degli enti presso i quali il fatturato è stato conseguito, deve essere interpretata cumulativamente e non disgiuntamente, salve restando le particolari ragioni che possano giustificare la discriminazione in favore dell'una o dell'altra tipologia di ente, di cui offrire però ampia contezza in sede di motivazione. (1)*

DIRITTO

*Omissis*

3. Precede la trattazione dei primi due motivi di merito, appuntati nei confronti del bando, laddove subordina l'ammissione alla gara alla "dichiarazione di aver maturato

un fatturato specifico relativo a servizi socio sanitari svolti per conto di enti pubblici di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001/Istituzioni Pubbliche di Assistenza e beneficenza o Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona a favore di persone non autosufficienti, conseguito nell'ultimo triennio (2010, 2011, 2012) pari o superiore a € 5.000.000,00 Iva esclusa”.

3.1. Della clausola si afferma la contrarietà al principio di massima partecipazione alle gare e al divieto di prescrizioni restrittive della concorrenza, nella parte in cui esclude dalla partecipazione gli operatori che abbiano maturato lo specifico fatturato richiesto nello svolgimento di attività socio sanitarie per conto di enti e società private e l'inosservanza del criterio di proporzionalità laddove stabilisce la soglia minima di € 5.000.000,00 conseguito nell'ultimo triennio nello svolgimento di servizi analoghi.

3.2. La censura è fondata sotto entrambi i profili dedotti.

3.3. A fronte dell'espressa previsione dell'art. 42, co. 1, lett. a) d.lgs. n. 163/2006 sulla possibilità dei concorrenti di fornire dimostrazione delle capacità tecniche tramite la “presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture”, la limitazione del fatturato specifico utilizzabile a quello maturato per servizi socio sanitari svolti per conto dei soli soggetti pubblici è sicuramente escludente la partecipazione degli operatori del settore che abbiano svolto in tutto o in parte analoghi servizi in favore di soggetti privati.

3.4. Avere il legislatore condizionato le possibili modalità di dimostrazione della capacità tecnica e professionale “... a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi”, non implica che il carattere del servizio sia di per sé sufficiente a offrire contezza della scelta per l'una o l'altra modalità, come si sostiene nella memoria di costituzione, ma onera la stazione appaltante a giustificare motivatamente la ragione.

3.5. La libera concorrenza e la parità di trattamento nelle gare comunitarie escludono che all'amministrazione sia data la facoltà di restringere la partecipazione con criteri limitativi della capacità tecnica: l'aggettivazione “pubblici o privati”, contenuta nell'art. 42 del Codice a proposito degli enti presso i quali il fatturato è stato conseguito, deve essere interpretata cumulativamente e non disgiuntamente, salve restando le particolari ragioni che possano giustificare la discriminazione in favore dell'una o dell'altra tipologia di ente, di cui offrire però ampia contezza in sede di motivazione.

3.6. Che nel bando sia stato riportato il solo fatturato specifico relativo a servizi socio sanitari svolti per conto di enti pubblici di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001/Istituzioni Pubbliche di Assistenza e beneficenza o Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona a favore di persone non autosufficienti è immotivatamente restrittivo ed è stato correttamente censurato dalla ricorrente sotto l'aspetto della contrarietà con la massima partecipazione alle gare.

4. Analoghe considerazioni sorreggono il fondamento della censura d'irrazionalità della soglia minima di fatturato aziendale pari o superiore ad € 5.000.000,00 nell'ultimo triennio senza alcun sostegno motivazionale.

4.1. Con l'aggiunta (ad opera dall'art. 1, c. 2-bis, lett. b), d.l. n. 95/2012) dell'ultimo periodo all'art. 41, co. 2, del d.lgs. n. 163/2006, secondo cui “sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale” il legislatore ha inteso porre termine alle ingiustificate limitazioni quantitative apposte alla partecipazione alle gare sotto l'aspetto della capacità economica e finanziaria.

4.2. Tale deve considerarsi senz'altro il fatturato conseguito nell'ultimo triennio, richiesto dalla resistente Azienda Pubblica, di servizi pari o superiore a cinque milioni di euro, pari cioè a circa i 2/3 dell'importo totale della gara, pari a sette milioni di euro.

4.3. In mancanza di idonea motivazione che giustifichi una così elevata capacità economica, il Collegio ritiene la clausola ingiustificatamente restrittiva e limitativa, come tale, della più ampia partecipazione alle gare propria di quello comunitario, cui deve conformarsi l'ordinamento interno.

4.4. Non può essere considerata idonea giustificazione quanto riportato nella memoria di costituzione dell'Azienda Pubblica sulla particolarità del servizio costituito dai servizi socio sanitari, assistenziali e animativi-ricreativi e di interazione con il territorio, comprensivi dei servizi di ristorazione e lavanderia da espletare ventiquattro ore al giorno e per tutto l'anno presso la Residenza protetta Varalli-Cortesi a favore di settantacinque soggetti anziani non autosufficienti.

4.5. A tutto volere ammettere circa la loro idoneità a costituire corretto supporto motivazionale, siffatte giustificazioni sono state fornite in sede di difesa giudiziale (cfr. in part. pagg. 10 e 11 della memoria 21 ottobre 2013) e non dalla Stazione appaltante nella *lex specialis* della gara come necessario per la loro giuridica rilevanza.

*Omissis*

---

## Commento

L'esigenza che il confronto concorrenziale tra i potenziali contraenti della p.a. sia quanto più aperto, salvo l'invalidabile limite della *par condicio*, circoscrive la facoltà della stazione appaltante di apprestare norme concorsuali restrittive dei requisiti minimi di partecipazione. Un vincolo di carattere oggettivo discende, inoltre, dal principio di proporzionalità, richiamato più volte dal codice dei contratti pubblici <sup>(1)</sup>, il quale preclude che l'affidamento del contratto sia condizionato alla ricorrenza di elementi aziendali non strettamente funzionali alle prestazioni richieste <sup>(2)</sup>.

Ne consegue, da una parte, che i requisiti previsti per l'accesso alla selezione non possono comportare una restrizione in senso discriminatorio e, quindi, idonea a favorire o sfavorire indebitamente taluni potenziali concorrenti. Per altro verso, essi devono comunque essere giustificati da precise esigenze correlate all'oggetto del contratto, rispetto alle quali vanno, giustappunto, parametrati e commisurati.

Ciò con il corollario che la discrezionalità amministrativa sottesa alla modulazione delle condizioni partecipative non si sottrae al sindacato di legittimità qualora ecceda i limiti imposti dai principi di ragionevolezza e proporzionalità, sfociando nella predeterminazione di criteri selettivi incongrui <sup>(3)</sup>.

L'annotata sentenza del T.A.R. Umbria, nei capi qui considerati, si occupa, nello specifico, del requisito del fatturato aziendale realizza-

.....

(1) Cfr. artt. 8, 27, 30, 62, 69, 73, 74, 91, 110, 122, 199-bis, 204, 206, 253.

(2) Cfr. parere A.V.C.P. 15 aprile 2010, n. 71.

(3) Cfr., sul punto, parere A.V.C.P. 21 marzo 2012, n. 42 e la giurisprudenza ivi richiamata.

to nel triennio precedente, che la *lex concursualis* aveva quantificato nella misura di circa 5.000.000 di euro (a fronte di un importo a base di gara pari a circa 7.000.000 di euro), circoscrivendolo però ai corrispettivi incamerati per l'erogazione di prestazioni nei confronti di soli soggetti pubblici.

Va precisato che la fattispecie in argomento concerne un appalto di servizi, in relazione ai quali (analogamente alle forniture) il codice non prevede un "sistema unico di qualificazione", come previsto invece, ai sensi dell'art. 40 d.lgs. n. 163/2006, per gli appalti di lavori, e ciò con la conseguenza che in tali settori la disciplina dei requisiti speciali di partecipazione lascia maggiore spazio all'impostazione specifica della singola stazione appaltante, che è tenuta a precisare nel bando di gara le relative condizioni (ai sensi dell'art. 41, c. 2, del codice), fermi restando, evidentemente, i limiti di cui in premessa.

A quest'ultimo proposito, si osserva, peraltro, che la necessità di garantire la massima concorrenza è stata rafforzata nell'art. 41, c. 2, così come da ultimo novellato<sup>(4)</sup>, stabilendo l'illegittimità di prescrizioni che istituiscano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale, all'evidente scopo di favorire la partecipazione alle procedure concorsuali di imprese di modeste dimensioni.

Ciò puntualizzato, va riferito che i giudici umbri hanno scrutinato, da una parte, la prescrizione concorsuale inibente la partecipazione di operatori che non avessero realizzato il fatturato richiesto nello svolgimento di attività svolte a favore di enti e società pubbliche e, in secondo luogo, la clausola che ha definito nella misura sopra riportata la soglia minima di fatturato per servizi analoghi svolti nell'ultimo triennio, censurata dall'impresa ricorrente in rapporto alla denunciata violazione del principio di proporzionalità.

Sotto il primo aspetto, la questione gravita sul disposto normativo di cui all'art. 42, c. 1, lett a), del Codice dei contratti pubblici, nella specifica parte in cui esso impiega l'aggettivazione "pubblici o privati" per definire i soggetti destinatari delle referenze spendibili dal concorrente a dimostrazione della richiesta capacità tecnica e professionale.

Come si è anticipato, il punto controverso si è delineato, nel caso specifico, con riferimento alla circostanza che la stazione appaltante aveva limitato il fatturato adducibile dai concorrenti ai soli importi incamerati per la prestazione di servizi (di carattere socio sanitario) svolti per conto di soggetti pubblici, e non invece di quelli espletati in favore di soggetti privati.

Ebbene, a tale proposito il vaglio giurisdizionale è stato operato in

.....  
(4) Ad opera dell'art. 1, c. 2-bis, della l. n. 135/2012 (legge di conversione del d.l. n. 95/2012).

adesione ai principi operativi di massima concorrenzialità e *par condicio* sopra ripercorsi, individuati in ispecie quali criteri interpretativi alla stregua dei quali la locuzione “pubblici o privati” adoperata dall’art. 42 del codice deve essere intesa cumulativamente e non disgiuntamente, pur non escludendosi in linea di principio che possano giustificare il riferimento esclusivo all’una piuttosto che all’altra categoria di ente particolari ragioni, le quali, se del caso, devono essere, tuttavia, preventivamente esplicitate con adeguato corredo giustificativo. Per l’effetto, è stata cassata, *in parte qua*, la *lex concursualis*, in quanto ritenuta immotivatamente restrittiva.

Per analoghe ragioni è stata accolta anche la censura d’illegittimità indirizzata avverso la soglia minima di fatturato aziendale nel triennio che, nel suo ammontare, pari a circa i 2/3 dell’importo totale della gara, è stata ritenuta, in mancanza di idonea motivazione, eccessivamente limitativa (5).

Vale peraltro osservare che il g.a. si è pronunciato anche in relazione alle giustificazioni di merito addotte dall’amministrazione resistente, rilevandone non solo l’intempestività (perché introdotte solo in corso di causa), ma anche, significativamente, la mancata formalizzazione nell’ambito della disciplina di gara.

A ben vedere, viene così in rilievo l’ulteriore criterio operativo riconducibile al canone di trasparenza, anch’esso ripetutamente enunciato dal codice dei contratti pubblici (6).

Detto principio implica che l’esplicitazione dei motivi di un’eventuale restrizione delle condizioni di accesso alla selezione sia effettuata utilizzando le forme più idonee a garantirne la conoscibilità da parte di tutti gli interessati. A tal fine appare idonea la “pubblicazione” nella *lex specialis* di gara, che giustappunto detta le regole di partecipazione indirizzate a tutti i potenziali concorrenti.

.....

(5) L.A.V.C.P. ha indicato quali ragioni potenzialmente adducibili a supporto dell’introduzione di particolari condizioni di accesso correlate al fatturato, a titolo esemplificativo, l’entità, la complessità oppure la specificità dell’appalto, nel rispetto del principio di proporzionalità (cfr. determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

(6) Cfr. artt. 2, 6, 27, 30, 57, 66, 69, 79-bis, 91, 110, 118, 120, 122, 125, 164, 199-bis, 204, 236, 253.