

Parere n.104 del 27/06/2012

PREC 68/12/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 Società CITY GREEN S.r.l. - " *Procedura negoziata per l'appalto dei servizi cimiteriali e manutenzione cimiteri comunali per gli anni 2012/2013*" - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta: euro 78.500,00 - S.A.: Comune di Latisana (UD).

- Obbligo di domicilio e di reperibilità dell'aggiudicatario - asserita lesività del *favor participationis*.

Considerato in fatto

In data 24 gennaio 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la CITY GREEN S.r.l. ha chiesto un parere in merito alla asserita lesività del *favor participationis* dell'art. 21 del Capitolato Speciale della gara in oggetto.

La Società istante sostiene, infatti, che la formulazione dell'art. 21 del C.S.A. (*Obbligo di domicilio e di reperibilità dell'aggiudicatario*) - nella parte in cui richiede che " *Per effettuare il servizio la ditta appaltatrice dovrà dotarsi a sue spese di un ufficio in uno stabile situato nel territorio comunale, al fine di fornire risposte in merito ai servizi offerti...Il servizio di reperibilità dovrà essere attivato a mezzo di telefono cellulare e con personale che sia in grado di recarsi presso il cimitero od i locali interessati entro e non oltre mezz'ora dal ricevimento della chiamata...* " - abbia un effetto discriminatorio, con la conseguenza di ridurre il numero dei possibili partecipanti alla gara, privilegiando le ditte residenti nel territorio comunale o comunque nelle estreme vicinanze. Aggiunge, inoltre, che un intervento in uno spazio temporale più ampio, nulla avrebbe tolto alla qualità del servizio reso, purché ragionevole e tempestivo e che, comunque, nell'ottica del *favor participationis* , avrebbe dovuto essere prevista la possibilità che la S.A. mettesse a disposizione uno stabile, anche all'interno del Cimitero, ove il personale della ditta appaltatrice fosse presente, al fine di adempiere al servizio oggetto dell'appalto senza aggravio di costi per la ditta appaltatrice non locale, garantendo a quest'ultima la possibilità di un'offerta economica non penalizzante.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 27 marzo 2012, la S.A. ha ribadito la conformità del proprio operato all'ordinamento di settore per i motivi di seguito esposti.

La controinteressata Società Onoranze Funebri di Di Luca & Serra, con memoria del 5 aprile 2012, ha giustificato la suddetta previsione della *lex specialis* , alla luce delle specifiche esigenze sottese al servizio di cui trattasi e dei principi di "buon andamento", "efficienza" ed "economicità" ad essa sottesi.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della disciplina di gara, contestata dalla società istante per le ragioni evidenziate in fatto.

La S.A. ha esposto le esigenze che hanno dato luogo alla contestata previsione, osservando, in particolare, che la Società istante non si sarebbe avvalsa della *chance* offerta dall'art. 68, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 - evocato in proposito dalla medesima - di presentare, nella propria offerta, soluzioni in grado di soddisfare "in modo equivalente" le specifiche prestazionali richieste.

Ciò premesso, i rilievi esposti della Società istante non sono condivisibili, neanche alla luce del citato art. 68, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006.

Ai sensi di detta disposizione, infatti, non è consentito in via di principio alle stazioni appaltanti respingere un'offerta per il motivo che i servizi offerti non siano conformi alle specifiche tecnico-prestazionali di riferimento, purché nell'offerta stessa sia data prova, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni alternative eventualmente proposte corrispondano in maniera equivalente ai requisiti richiesti in conformità alle suddette specifiche. E ciò in quanto, nell'ambito degli appalti pubblici, il principio della libera concorrenza trova applicazione, in primo luogo, nella fase della determinazione del contenuto del contratto oggetto di gara ovvero in quella di individuazione delle prestazioni richieste; pertanto, in tale sede, opera la disciplina sopra richiamata (sulle specifiche tecniche delle prestazioni contrattuali), in base alla quale deve essere evitata la predisposizione di prescrizioni di gara gratuitamente selettive, discriminatorie e avulse da esigenze oggettivamente collegate al concreto lavoro, servizio o fornitura da realizzare.

Invero, il principio di concorrenza illumina, oggi, l'intera materia degli appalti pubblici, nell'ambito della quale tendenzialmente perde rilievo anche il tradizionale interesse pubblico di carattere economico-finanziario, vale a dire l'interesse primario ad individuare l'offerta migliore per la pubblica amministrazione sotto il profilo della convenienza economica.

L'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006 ha positivamente previsto che l'affidamento dei contratti pubblici debba avvenire nel rispetto del principio della libera concorrenza. Nell'ambito degli appalti pubblici, il principio trova applicazione, in primo luogo, nella fase della determinazione del contenuto del contratto oggetto di gara, con particolare riguardo alla descrizione delle prestazioni richieste. Quando essa sia effettuata in termini eccessivamente restrittivi e discriminatori, il che sovente si verifica mediante la indicazione di specifiche tecniche che riducono fortemente l'ambito dei soggetti che possono concorrere alla gara, si configurano pratiche che certamente violano il principio in discorso.

In secondo luogo, il principio viene in gioco nella fase di elaborazione dei complementari requisiti soggettivi di partecipazione alle gare, per quanto concerne i profili tecnici, economici o organizzativi predisposti per selezionare i concorrenti ai fini della loro ammissione; e anche nella fase di aggiudicazione, quando si tratti di stabilire i criteri di valutazione dell'offerta sotto il profilo tecnico-qualitativo. In entrambi i casi, le scelte delle stazioni appaltanti possono tradursi nel riconoscimento e nella perpetuazione di posizioni dominanti nel mercato di riferimento.

Le considerazioni appena svolte non consentono, tuttavia, di prescindere dal presupposto che, nella indicazione delle esigenze cui fare fronte con il contratto oggetto della gara, l'amministrazione è titolare di ampi margini di discrezionalità, connaturati allo specifico interesse pubblico perseguito in termini di ragionevolezza e proporzionalità.

Si tratta di un potere discrezionale in senso proprio, di cui l'amministrazione fa uso nel momento in cui individua, e fissa nel regolamento contrattuale oggetto della procedura di affidamento, le prestazioni corrispondenti ai bisogni e agli interessi curati dall'amministrazione stessa. Ed è appena il caso di sottolineare come, nell'esercizio di tale potere, l'amministrazione debba necessariamente muovere da una situazione data, sul piano di fatto.

Nel caso di specie, emerge con sufficiente chiarezza che il servizio oggetto dell'appalto si proponeva di realizzare un intervento, da parte della ditta aggiudicataria, "certo ed immediato" e nulla impediva alla Società istante di offrire alternative equipollenti adeguate a detta finalità.

La scelta dell'amministrazione appare, quindi, del tutto ragionevole.

D'altronde, pretendere che - in nome della tutela della concorrenza - si prescinda dalla regola fondamentale secondo cui l'oggetto del contratto si modula sulla scorta delle concrete esigenze dell'amministrazione, oltre che manifestamente irragionevole, sarebbe anche contrario al principio costituzionale di buon andamento (argomentando anche dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990, che richiama il principio dell'economicità dell'azione amministrativa).

Anche l'art. 68 del codice dei contratti pubblici, sulle specifiche tecniche, ha come termine di raffronto l'oggetto del contratto, la cui definizione non può evidentemente prescindere dalle esigenze concrete dell'amministrazione appaltante. Ciò che rileva, e che costituisce la *ratio* dello specifico intervento normativo nel settore, è che la predisposizione di specifiche tecniche nei bandi e nei capitolati, seppur idonea a delimitare tecnicamente il mercato ed a ridurre il novero degli operatori economici potenzialmente coinvolti nella procedura di affidamento della commessa pubblica, avvenga in modo obiettivo, chiaramente definito e divulgato in modo aperto.

In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la clausola della *lex specialis* in contestazione sia compatibile con l'ordinamento di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito