

Parere n. 116 del 16/06/2010

Protocollo 2 6/10/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 Cooperativa Sociale Isola - Affidamento in concessione del servizio di gestione, vigilanza ed il controllo delle aree destinate a parcheggio pubblico a pagamento senza custodia, installazione e manutenzione dei parcometri, nonché la gestione del servizio di rilascio dei permessi di accesso/sosta dei veicoli all'interno delle aree di sosta e della zona Z.T.L. - Importo canone di concessione per l'intera durata del contratto: € 1.000.000,00 - S.A.: Comune di Rieti.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 28 gennaio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Cooperativa Sociale Isola ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere in merito alla legittimità di alcuni requisiti di partecipazione previsti dal bando di gara, ritenuti sproporzionati rispetto ai servizi oggetto di gara. Si tratta, in particolare della richiesta, a pena di esclusione, di attestazione della gestione dei seguenti servizi di: - sosta a raso a pagamento con parcometri, all'atto della presentazione dell'offerta, in almeno un sito di enti pubblici con un numero minimo di 1.000 posti auto cadauno (Sez. III, 2.1), lett. c) del bando di gara); - rilascio permessi di accesso/sosta all'interno delle Zone a Traffico Limitato Z.T.L. in almeno un sito di enti, da almeno 3 anni dalla data di presentazione dell'offerta (Sez. III, 2.1), lett. d) del bando di gara); - controllo della sosta tramite Ausiliari del Traffico attraverso l'utilizzo di PC palmari, all'atto della presentazione dell'offerta, in almeno 3 siti di enti (Sez. III, 2.1), lett. e) del bando di gara); - prevenzione e controllo della sosta, attraverso un numero complessivo non inferiore a n. 40 Ausiliari del Traffico da almeno 3 anni (Sez. III, 2.1), lett. f) del bando di gara).

Alla contestazione di tali requisiti minimi di partecipazione, l'istante ha altresì aggiunto la richiesta di valutare la legittimità della clausola del medesimo bando di gara, di cui alla Sez. V 1) Informazioni Complementari, che riconosce *"alla Società concessionaria del parcheggio interrato di Piazza Oberdan-Mazzini e di alcune aree di sosta a pagamento in superficie, la facoltà di esercitare il diritto di prelazione, all'esito della presente procedura e qualora vi abbia partecipato"*.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Rieti, nel ribadire la legittimità delle disposizioni di gara censurate dall'istante Cooperativa Sociale Isola, ha fatto presente di aver affidato con convenzione quadro del 21 gennaio 1992 (non presente in atti) alla società Italimpa S.p.A. (ora Saba Italia S.p.A.) la redazione del Programma urbano dei parcheggi, di cui alla legge n. 122/1989, nonché la progettazione, la realizzazione ed esercizio, in regime di concessione di costruzione e gestione, delle infrastrutture di parcheggio da realizzare su aree pubbliche cittadine e che, in attuazione di tale Convenzione, ha stipulato in data 3 giugno 1997, un successivo contratto con la concessionaria (che non è stato prodotto) per la realizzazione e gestione di un parcheggio compreso nel Programma Urbano dalla stessa predisposto. La stazione appaltante ha riferito, altresì, che nella predetta convenzione le parti hanno previsto, allo scopo di avere una gestione unitaria della sosta, un diritto di prelazione in capo al soggetto concessionario, per l'ipotesi in cui il Comune avesse inteso dare in gestione, tramite gara, *"nuovi"* parcheggi a pagamento nel corso della convenzione e che la scelta di affidare ad un concessionario la gestione dei servizi in esame è stata disposta nel pieno rispetto dei principi comunitari di trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità, previsti dall'art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006 per le concessioni di servizi, attraverso l'indizione di una procedura di gara, alla quale sono state applicate in via analogica le disposizioni di cui all'art. 42 del D.Lgs. n. 163/2006, relative ai requisiti di capacità tecnica e professionale riferibili agli appalti di servizi e forniture.

Al riguardo, il Comune di Rieti ha rilevato che non vi è alcuna sproporzione tra i requisiti richiesti e i servizi oggetto della concessione, atteso che la procedura in esame riguarda la gestione della sosta a raso a pagamento con parcometri - almeno 1.000 - posti all'interno di una città capoluogo di Provincia con oltre 40.000 abitanti, nella zona centrale della città, in cui sono presente tutti gli uffici pubblici (Palazzo della Provincia, Municipio, Tribunale, Questura, Uffici dell'Inps, dell'Inail, Biblioteca comunale, banche ecc.), nella quale ogni giorno gravitano almeno 5.000 persone e che, anzi, tali requisiti sono stati, al contrario, volutamente sottodimensionati proprio per permettere ad altri organismi (comprese le cooperative sociali) la partecipazione alla procedura di gara. Nel ribadire l'assoluta proporzionalità dei requisiti richiesti, il Comune ha richiamato il costante orientamento dottrinario e giurisprudenziale che riconosce alle stazioni appaltanti il potere

discrezionale di fissare requisiti di partecipazione più rigorosi rispetto a quelli stabiliti dalla legge, purché non manifestamente eccessivi o restrittivi del principio di massima partecipazione alle procedure di gara.

Per quanto riguarda, infine, la facoltà riconosciuta all'attuale società concessionaria di esercitare il diritto di prelazione, la stazione appaltante ha chiarito che tale previsione dispiega la sua efficacia esclusivamente in caso di parità di punteggi definitivi e di un'accertata posizione paritaria in graduatoria.

Conclusivamente, il Comune di Rieti ha fatto presente che la cooperativa istante non ha partecipato alla gara ed ha evidenziato un'esperienza molto limitata della stessa cooperativa nel campo della gestione della sosta.

Ritenuto in diritto

In ordine alla mancata partecipazione della cooperativa sociale istante alla gara in oggetto, in via preliminare occorre precisare che, nella prassi dell'Autorità, il requisito della partecipazione alla procedura concorsuale viene generalmente considerato necessario per poter rivolgere l'istanza di parere, anche alla luce della causa di inammissibilità introdotta dall'articolo 3 del nuovo regolamento, attinente all' "*assenza di una controversia insorta fra le parti*". Infatti, chi non abbia partecipato alla procedura concorsuale resta un soggetto terzo rispetto alle eventuali controversie che possano insorgere tra la stazione appaltante e le altre parti interessate.

Nel caso di specie, tuttavia, opera il noto principio per cui, laddove si sia in presenza di clausole c.d. escludenti - cioè di clausole che precludono la partecipazione alla gara, impedendo l'ammissione alla stessa, e di quelle che non consentono di effettuare un'offerta concorrenziale - l'onere di presentare la domanda di partecipazione costituisce un inutile aggravio a carico dell'impresa (*Consiglio Stato, sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217*). Inoltre, nei casi in cui, come quello in esame, la richiesta di parere investa questioni di massima che riguardino aspetti cruciali delle regole della concorrenza, sulla corretta osservanza delle quali l'Autorità è istituzionalmente deputata a vigilare nel settore di propria competenza, può sussistere un interesse strumentale di un soggetto non partecipante alla gara all'enunciazione di principi che possano orientare, anche in futuro, le stazioni appaltanti nella stesura dei bandi di gara nel pieno rispetto delle regole del mercato.

Come già evidenziato nel parere n. 95 del 20 marzo 2008, l'Autorità è infatti competente ad esaminare l'avvenuto rispetto della concorrenza sotto il profilo della garanzia di un'ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore ed in particolare è chiamata a vigilare su un'effettiva concorrenza che, come recentemente statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza del 22 novembre 2007, n. 401, deve essere intesa come concorrenza "per" il mercato, in cui il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali.

Nel merito, la questione all'esame attiene alla verifica di alcune disposizioni, contenute nel bando di gara per l'affidamento in concessione dei servizi di gestione, vigilanza e controllo di aree destinate a parcheggio pubblico a pagamento, mutate, in parte, dalla disciplina relativa agli appalti di servizi e forniture e, in parte, dall'istituto civilistico della prelazione a favore della società attualmente concessionaria di analoghi servizi.

La dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita, ai sensi dell'art. 42 del Codice dei contratti pubblici, mediante 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 stessi.

Il comma 3 del richiamato art. 42, nel prescrivere che i requisiti di capacità tecnica e professionale dei prestatori dei servizi non possono eccedere l'oggetto dell'appalto, implicitamente richiede che l'individuazione di tali requisiti sia proporzionata al valore presuntivo posto a base d'asta e sia comunque idonea a fornire in concreto maggiori garanzie alla stazione appaltante. La previsione di requisiti partecipativi sproporzionati rispetto all'oggetto del contratto si risolve, infatti, in una ingiustificata limitazione della platea dei possibili concorrenti, con chiara violazione del citato art. 42 (TAR Puglia, Lecce, Sez. II, sentenza n. 1/2008).

Nel caso di specie, il bando di gara richiede, a pena di esclusione, di attestare la gestione dei seguenti servizi di: - sosta a raso a pagamento con parcometri, all'atto della presentazione dell'offerta, in almeno un sito di enti pubblici con un numero minimo di 1.000 posti auto cadauno (Sez. III, 2.1), lett. c) del bando di gara); - rilascio permessi di accesso/sosta all'interno delle Zone a Traffico Limitato Z.T.L. in almeno un sito di enti, da almeno 3 anni dalla data di presentazione dell'offerta (Sez. III, 2.1), lett. d) del bando di gara); - controllo della sosta tramite Ausiliari del Traffico attraverso l'utilizzo di PC palmari, all'atto della presentazione dell'offerta, in almeno 3 siti di enti (Sez. III, 2.1), lett. e) del bando di gara; - prevenzione e controllo della sosta, attraverso un numero complessivo non inferiore a n. 40 Ausiliari del Traffico da almeno 3 anni (Sez. III, 2.1), lett.

f) del bando di gara).

Invero, tutti i predetti requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti nel bando non risultano essere né manifestamente eccessivi – anche in relazione all'elevato importo del canone di concessione posto a base di gara per l'intera durata del contratto, pari a € 1.000.000,00 – né sproporzionati rispetto al tipo dei servizi da gestire, tenuto conto del bacino di utenza e delle dimensioni dei servizi da affidare, secondo la rappresentazione fornita dalla stessa stazione appaltante e riportata nella narrativa in fatto.

Quanto al riconoscimento di un diritto di prelazione in capo alla società, già concessionaria di altri servizi di gestione delle aree di parcheggio comunali, tale diritto, secondo quanto riferito dal Comune di Rieti, trova il proprio fondamento giuridico in un atto contrattuale, non presente in atti e della cui legittimità non è possibile in questa sede sindacare, sottoscritto tra il Comune concedente e la società Italinpa (oggi Saba Italia), in data 3 giugno 1997, in esecuzione della Convenzione quadro del 21 gennaio 1992, avente ad oggetto l'affidamento alla stessa società della redazione del Programma urbano dei parcheggi, di cui alla legge n. 122/1989.

Tuttavia, si ritiene opportuno evidenziare che, quand'anche tale diritto possa dispiegare i propri effetti esclusivamente in caso di parità di punteggi e di posizione paritaria nella graduatoria finale, – come riferito dalla stazione appaltante – la previsione in questione, ancorché consenta il confronto concorrenziale e l'aggiudicazione della gara ad altra società – diversa dalla concessionaria attuale – che abbia presentato un'offerta migliore, appare comunque idonea, nel caso di *ex aequo*, ad assicurare alla società attualmente concessionaria del servizio una posizione di vantaggio di per sé lesiva dei principi di parità di trattamento e non discriminazione di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- le clausole inserite nel bando di gara pertinenti i requisiti di capacità tecnica e professionale siano proporzionate alle caratteristiche dei servizi oggetto di affidamento;
- la previsione del diritto di prelazione, a parità di punteggi finali, in capo alla società attualmente concessionaria del servizio sia idonea ad assicurare alla società medesima una posizione di vantaggio di per sé lesiva dei principi di parità di trattamento e non discriminazione di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente.: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 giugno 2010