

Le clausole di gara devono essere interpretate nel senso di favorire la massima partecipazione

Autore: Laura Facondini

In: Giurisprudenza commentata

Il **Consiglio di stato, Sezione quinta, con la sentenza del 24 gennaio 2020 n. 607** ha affermato che l'interpretazione di una clausola di gara, qualora la stessa può essere interpretata in senso escludente o in senso non escludente, deve favorire la massima partecipazione dei concorrenti.

Il principio di diritto

In tema di interpretazione del bando e del disciplinare di gara “a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale”.

Tale principio è ribadito dall'art. 83, comma 2, del codice appalti il quale prevede che i requisiti e le capacità “sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali”.

Fatti ad oggetto del giudizio

Il consiglio di Stato si pronuncia sull'appello proposto nei confronti della sentenza che ha annullato l'aggiudicazione, disposta in favore dell'appellante, della gara per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica, per la ritenuta carenza del requisito di partecipazione prescritto dalla clausola del Disciplinare di cui al paragrafo 7.3. lett. c), del seguente tenore: “il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio (2015, 2016, 2017), servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, erogando un numero di pasti all'anno non inferiore a n. 70.000 senza revoche di contratto”; con l'ulteriore precisazione (pag. 9 del disciplinare) secondo la quale “la comprova del requisito è fornita secondo le disposizioni di cui all'art. 86 e all'allegato XVII, parte II, del Codice”.

Volume consigliato

L'indirizzo giurisprudenziale prevalente

La Sezione aderisce all'indirizzo giurisprudenziale prevalente, dandone continuità, alla luce del quale "a fronte di più possibili interpretazioni di una **clausola della lex specialis di gara**, non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale".

Tale indirizzo, sostenuto da ultimo dalle sentenze del Consiglio di Stato n. 2232 del 12 maggio 2017 e n. 869 del 24 febbraio 2017, afferma che nel caso di dubbi sull'interpretazione di una clausola laddove, una interpretazione avrebbe effetto escludente e l'altra consentirebbe la permanenza del concorrente, deve essere scelta quella che consente la più ampia partecipazione alla gara.

Peraltro, il principio generale della più ampia partecipazione alle gare pubbliche, volto a favorire la massima tutela della concorrenza e l'interesse pubblico alla selezione dell'impresa più idonea, è ulteriormente ribadito dall'art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016 il quale prevede che i requisiti e le capacità «sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione».

Requisiti del bando di gara

La possibilità di partecipare ad una gara ad evidenza pubblica è consentita solo agli operatori economici in possesso di determinati requisiti.

È possibile distinguere due tipologie di requisiti: quelli soggettivi, di ordine generale di onestà ed affidabilità morale e quelli oggettivi di capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa.

I requisiti soggettivi di moralità si sostanziano nell'assenza di condanne penali, di misure di prevenzione antimafia, di violazioni tributarie, di violazioni in materia di previdenza e assistenza di sicurezza sul lavoro. L'art. 80 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede l'elenco dei reati per i quali, in caso di condanna, l'operatore economico viene escluso. In caso di mancanza di tali requisiti soggettivi l'esclusione dell'operatore è obbligatoria.

I requisiti oggettivi attengono alla capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa.

L'art. 83 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici, prevede che "i criteri di selezione riguardano esclusivamente: a) i requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali".

La disciplina dei requisiti assume peculiare rilevanza poichè vengono in gioco interessi contrapposti, da un lato la concorrenza, il principio di massima partecipazione alle gare, dall'altro il rispetto dei principi della tutela dell'affidamento e di certezza del diritto.

La sentenza

Nel caso specifico l'art. 7.2., lett. b) del disciplinare di gara stabiliva, per il requisito di capacità economica e finanziaria in esame, rubricato col titolo Fatturato globale d'impresa, che «il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio servizi di ristorazione scolastica e/o collettiva negli enti pubblici di importo non inferiore ad euro 1.200.000,00 ai sensi dell'art. 83, comma 4 del Codice».

Nel disciplinare veniva poi ulteriormente precisato che, da un lato, «la comprova dei requisiti di capacità economica e finanziaria è fornita secondo le disposizioni di cui all'art. 86, comma 4 e all. XVII parte I, del Codice», dall'altro, «ai sensi dell'art. 86, comma 4, del Codice, l'operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze richieste può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante».

Il problema, nel caso di specie, è dovuto dal fatto che si trattava di un'impresa costituita solo in tempi recenti, pertanto, secondo il giudice del primo grado per tale circostanza l'impresa non era in grado di dimostrare di possedere i requisiti.

Invero, nella dichiarazione allegata alla domanda e nel D.G.U.E., l'appellante aveva descritto esattamente la sua natura di microimpresa costituita di recente.

E proprio per tale motivo non si poteva tenere conto della prima metà dell'anno 2015 (in cui l'impresa non era ancora venuta ad esistenza).

Pertanto, l'appellante ha indicato correttamente il valore complessivo dei servizi eseguiti di ristorazione scolastica e/o collettiva negli enti pubblici nel suo intero periodo di vita, facendo correttamente riferimento al fatturato degli ultimi tre esercizi disponibili, dichiarando un totale complessivo superiore a quello richiesto dal Disciplinare e con ciò pienamente comprovando la propria solidità economico-finanziaria, nel rispetto di quanto previsto dall'all. XVII, parte I, del d.lgs. n. 50 del 2016 in base al quale la capacità economica e finanziaria può essere provata anche attraverso "una dichiarazione concernente il

fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o avvio delle attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni su tali fatturati siano disponibili”.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/le-clausole-di-gara-devono-essere-interpretate-nel-senso-di-favorire-la-massima-partecipazione/>