

Rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza di quanto richiesto e della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo da non restringere, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio

In tema di requisito minimo relativo al capitale sociale da richiedere per la partecipazione ad un appalto di tesoreria comunale, il Consiglio di Stato con la decisione numero 647 del 15 febbraio 2007, ci insegna che:

< Riconosciuta l'astratta possibilità per la stazione appaltante di individuare discrezionalmente determinati ed ulteriori requisiti - rispetto alle previsioni normative- in ragione della specificità del servizio da appaltare ed alle esigenze allo stesso sottese, la questione sulla quale il Collegio è chiamato a pronunciarsi concerne la legittimità della richiesta di un capitale sociale di un milione di euro in più rispetto al requisito minimo indicato all'epoca dalla Banca d'Italia per partecipare alla gara.

Ma un tale incremento del capitale sociale è senz'altro eccessivo in mancanza di una specifica e congruente giustificazione da parte dell'Amministrazione, trattandosi dell'affidamento di un servizio quinquennale di tesoreria comunale di modesto importo, essendo previsto un compenso annuo a base d'asta non superiore ad euro 50.000,00, con conseguente valore della gestione annua di circa 500.000,00 euro (aggirandosi il compenso all'incirca sul 10%) e della gestione complessiva di circa 2.500.000,00 euro>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA N.647/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 366 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 366/2005, proposto dal Comune di MONDRAGONE, rappresentato e difeso dagli avv.ti Carlo Marino e Delio Iorio con domicilio eletto in Roma via Plinio, n. 94, presso l'avv. Roberto Landolfi;

CONTRO

- la \*\*\* S.P.A., rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Sorice con domicilio eletto in Roma via Eudo Giulioli, 47/B/18, presso il signor Giuseppe Mazzitelli;

- la Soc. \*\*\* S.P.A. rappresentata e difesa dall'avv. Luigi D'Angiolella, con domicilio eletto in Roma, via M. Mercati, n. 51;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania-Napoli: Sezione I 17270/2004, resa tra le parti, concernente GARA PER AFFIDAMENTO QUINQUENNALE del SERVIZIO di TESORERIA COMUNALE.

Visti gli atti e documenti depositati con l'appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della \*\*\* S.P.A. e della SOC. \*\*\* S.P.A.;

Alla pubblica udienza del 24.10.2006, relatore il Consigliere Aniello Cerreto. Nessuno comparso per le parti.

Visto il dispositivo di decisione n. 499/2006;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1. Con avviso del 5/2/04, il Comune appellante indiceva una licitazione privata per l'affidamento quinquennale del servizio di tesoreria, fissando come requisito di ammissione il possesso di un capitale sociale non inferiore a €3.000.000,00.

La \*\*\* spa, che aveva presentato domanda di partecipazione, impugnava i suddetti atti per violazione dell'art. 208 del D.Lgs. n. 267/00 e, con motivi aggiunti, la sua mancata ammissione alla gara e l'aggiudicazione alla \*\*\*.

2. Con sentenza n. 17270/04 il TAR Campania accoglieva il ricorso, ritenendo sostanzialmente che nei provvedimenti impugnati non vi era traccia delle ragioni idonee a giustificare la scelta dell'Amministrazione di elevare il limite di capitale sociale indicato dall'art. 208 D. L.vo n. 267/2000 per la partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio di tesoreria, evidenziando anche l'incoerenza tra il richiamo del citato art. 208 e la successiva determinazione di elevazione del limite in questione.

3. Avverso detta sentenza ha proposto appello l'Amministrazione, deducendo quanto segue:

- l'Amministrazione, nel determinare come requisito di ammissione alla gara il possesso di un capitale sociale non inferiore a 3.000.000,00 di euro, ha esercitato un potere di merito, che poteva essere sindacato solo sotto il profilo dell'eccesso di potere per illogicità o incongruenza, che nel caso esame è insussistente in relazione alla funzione del capitale sociale nelle società di capitali ed in relazione all'oggetto dell'appalto;

- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, l'Amministrazione non ha tenuto un comportamento incoerente atteso che il richiamo all'art. 208 D. L.vo n. 267/2000 operava per gli altri requisiti prescritti, con esclusione del capitale sociale elevato a 3.000.000,00 di euro.

Costituitasi in giudizio, la Società \*\*\* ha chiesto il rigetto del appello.

La società \*\*\*, aggiudicarla originaria della gara, ha a sua volta chiesto il rigetto della appello.

Con ordinanza n. 1912/05 questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'appellante.

4. Con decisione n. 3368/2006, questa Sezione ha richiesto incumbenti istruttori al fine di valutare la persistenza dell'interesse alla decisione, avendo il Comune appellante chiesto la cancellazione della causa dal ruolo in previsione di una rinuncia al ricorso stesso.

Le parti non hanno depositato a quest'ultimo riguardo alcuna dichiarazione.

Alla pubblica udienza del 24.10.2006 il ricorso è passato in decisione.

5. L'appello è infondato.

5.1. Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, il TAR ha sostanzialmente inteso censurare la disciplina di gara per aver richiesto un capitale sociale eccessivo (3.000.000,00 di euro) per la partecipazione alla gara rispetto al requisito minimo indicato dalla normativa di settore (all'epoca fissato in 2.000.000,00 euro, con circolare Banca d'Italia del 21.4.1999 e successivi aggiornamenti) senza che emergessero le ragioni specifiche di un tale incremento del 50% rispetto al minimo.

La conclusione cui è pervenuto il TAR merita di essere confermata nel caso di specie.

Al riguardo si osserva in generale che il D. Lgs. 17 marzo 1995 n. 157, attuativo della Direttiva C.E.E. n. 92/50, non stabilisce in modo tassativo quali sono i requisiti da richiedere ai partecipanti alle gare di appalto di servizi, lasciando tale determinazione alla ragionevole discrezionalità delle singole Amministrazioni e consentendo che la singola stazione appaltante prescriva requisiti idoneativi diversi e più severi rispetto a quelli normativamente fissati, anche al fine di meglio tutelare l'interesse pubblico perseguito.

Rientra perciò nella discrezionalità dell'Amministrazione la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza di quanto richiesto e della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo da non restringere, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio (V. le decisioni di questo Consiglio, sez. VI n. 5942 del 29.10.2002, Sez. IV n. 6972 del 22.10.2004 e sez. V n. 5318 del 5.10.2005).

Riconosciuta, quindi, l'astratta possibilità per la stazione appaltante di individuare discrezionalmente determinati ed ulteriori requisiti - rispetto alle previsioni normative- in ragione della specificità del servizio da appaltare ed alle esigenze allo stesso sottese, la questione sulla quale il Collegio è chiamato a pronunciarsi concerne la legittimità della richiesta di un capitale sociale di un milione di euro in più rispetto al requisito minimo indicato all'epoca dalla Banca d'Italia per partecipare alla gara.

Ma un tale incremento del capitale sociale è senz'altro eccessivo in mancanza di una specifica e congruente giustificazione da parte dell'Amministrazione, trattandosi dell'affidamento di un servizio quinquennale di tesoreria comunale di modesto importo, essendo previsto un compenso annuo a base d'asta non superiore ad euro 50.000,00, con conseguente valore della gestione annua di circa 500.000,00 euro (aggirandosi il compenso all'incirca sul 10%) e della gestione complessiva di circa 2.500.000,00 euro.

5.2. L'ulteriore aspetto di incoerenza, evidenziato dal TAR e contestato dall'appellante, è irrilevante, con inammissibilità della relativa doglianza, essendo sufficiente per l'illegittimità della disciplina di gara quanto sopra precisato.

6. Per quanto considerato, l'appello deve essere respinto con integrazione della motivazione della sentenza del TAR.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 24.10.2006.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 15 febbraio 2007