

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Appalti pubblici e capacità d'impresa. I requisiti economico finanziari e tecnico professionali negli appalti di servizi e forniture.

This is a pre print version of the following article:

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1639649> since 2021-04-19T12:23:30Z

Publisher:

jovene

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

CAPITOLO SECONDO

LA CAPACITÀ TECNICA E PROFESSIONALE DEGLI STIPULANTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. – La tipicità e proporzionalità dei requisiti di capacità tecnica e professionale. 2. – La capacità tecnica e professionale del personale. 3. – La capacità tecnica e professionale data dalle attrezzature. 4. – La capacità tecnica e professionale data dell'esperienza pregressa.

1. *La tipicità e proporzionalità dei requisiti di capacità tecnica e professionale.*

Negli appalti di lavori l'accertamento dei requisiti è basato su un sistema di qualificazione, assolto da terzi indipendenti e all'uopo autorizzati (SOA)¹.

L'attestato sulle classi di appartenenza certifica per un tempo dato² i requisiti tecnico-professionali ed economico finanziari

¹ Da ultimo Cons. St., sez. V, 31 luglio 2015, n. 3762; Cons. St., ad. plen. 20 luglio 2015, n. 8; Cons. St., sez. V, 26 maggio 2015, n. 2627; Cons. St., sez. III, 29 aprile 2015, n. 2189; Cons. St., sez. V, 27 aprile 2015, n. 2063; Cons. St., sez. VI, 02 febbraio 2015, n. 468; Cons. St., 16 gennaio 2015, n. 70; C.G.U.E., 12 dicembre 2013, C-327/12.

² Di solito 5 anni. A. CELOTTO, *Avvalimento e soa (in margine a consiglio di stato - sezione quinta - sentenza n. 2547 del 19/05/2015)*, in *GiustAmm.it*, 2015, 3; G. F. NICODEMO, *Giudizio a maglie strette sull'avvalimento del requisito SOA*, in *Urb. e app.*, 2014, 1346; C. LICINI, *Caso SOA: la corte di giustizia ue legittima i minimi tariffari, se presidiano valori pubblici*, in *Notariato*, 2014, 191; F. RUSSO, P. CAVARERO, *L'ultravigenza dell'attestazione soa scaduta in caso di richiesta tempestiva di rinnovo: verso un approccio di tipo sostanzialistico alla normativa in materia di appalti pubblici?*, in *Giur. di Merito*, 2013, 2481; M. LIBERTINI, *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l'esclusività dell'oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese*, in *Giur. Cost.*, 2013, 1663D; G. BALOCCO, *Il punto dell'Adunanza Plenaria sulla verifica triennale del certificato di attestazione SOA*, in *Urb. e app.*, 2012, 1298; M. SINISI, *Trasferimento delle partecipazioni azionarie di una Soa e procedimento di revoca dell'autorizzazione a rilasciare attestazioni di qualificazione: quali i poteri dell'Autorità?*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3909B.

acquisiti dalle imprese interessate a svolgere lavori pubblici e per l'effetto sgrava le amministrazioni committenti dell'onere di verificare di volta in volta il possesso dei requisiti di partecipazione³. La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire lavori nei limiti della propria classificazione⁴.

Alle imprese con sede in Stati diversi dall'Italia è consentito, in alternativa alla presentazione dell'attestato SOA, la possibilità di dimostrare il possesso dei requisiti richiesti producendo idonea documentazione conforme alle normative vigenti nei rispettivi Paesi, purché tradotti in lingua italiana⁵.

Diversa è l'idoneità degli operatori economici a eseguire prestazioni di servizi e di forniture per ciascun oggetto contrattuale che definite dalla pubblica amministrazione. Limite alla discrezionalità della pubblica amministrazione - in questo come in altri casi - è posto dal principio di proporzionalità⁶.

³ Dir. 2004/18/CE, cit., art. 52; dir. 2014/24/UE, cit., art. 64, ove si consentiva di utilizzare strumenti di prova diversi è solo per le imprese con sede in altri paesi. La direttiva 2004/18/CE invece consentiva a tutti gli operatori economici di comprovare i requisiti di partecipazione con qualsiasi mezzo (cfr. d.lgs n. 163 del 2006, cit., art. 40; d.P.R. n. 207 del 2010, cit., agli artt. 60-96. Per i requisiti di ordine speciale le SOA sono tenute a verificare: 1) l'adeguata capacità economica e finanziaria, attraverso: idonee referenze bancarie, la cifra d'affari relativa a lavori svolti non inferiore agli importi delle qualifiche richieste, il bilancio; 2) la adeguata idoneità tecnica, in base alla presenza di idonea direzione tecnica, all'esecuzione dei lavori svolti nelle categorie richieste documentata dai certificati di esecuzione dei lavori; 3) l'adeguata attrezzatura tecnica, consistente nella dotazione stabile di attrezzature, mezzi d'opera ed equipaggiamento tecnico in proprietà o in locazione finanziaria o in noleggio; 4) l'adeguato organico medio annuo; 5) la presenza della certificazione di qualità aziendale, nel caso in cui si richieda una classifica superiore alla II.

⁴ D.p.r. n. 207 del 2010, cit., art. 61, co. 2°.

⁵ D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 47; d.P.R. n. 207 del 2010, cit., art. 62.

⁶ Si vedano i riferimenti indicati al cap. I. In merito alle origini del principio nell'ordinamento tedesco si veda D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell'Azione Amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 111-114; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008, D.U. GALETTA, *Le principe de proportionnalité*, in *Droit administratif européen*, a cura di J.-

Secondo il quale qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla misura meno restrittiva e gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti⁷.

È noto che il principio di proporzionalità fonda un sindacato di congruità dell'azione amministrativa⁸, più precisamente impone che una misura⁹ dell'azione intrapresa rispetto all'obiettivo che si vuole raggiungere¹⁰. E' in tal modo possibile verificare se le misure in concreto adottate non siano sproporzionate¹¹ in relazione alle posizioni giuridiche soggettive sulle quali incidono attraverso un contemperamento tra i differenti interessi presi in considerazione. L'intensità del sacrificio imposto alla sfera

B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, Bruxelles, 2007, 357 ss. C.G.C.E., 23 febbraio 1983, C-66/82; C.G.C.E., 17 maggio 1984, C-15/83; C.G.C.E., 30 giugno 1987, C-47/86; C.G.C.E., 18 marzo 1987, C-56/86.

⁷ In questo senso: C.G.U.E., 22 dicembre 2010, C-77/09, C.G.U.E., 8 giugno 2010, C-58/08; C.G.C.E., 6 dicembre 2005, C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04; C.G.C.E., 14 dicembre 2004, C-210/03; C.G.C.E., 7 luglio 2009, C-558/07; C.G.U.E., 21 luglio 2011, C-2/10; C.G.C.E., 13 novembre 1990, C-331/8; C.G.C.E., 5 ottobre 1994, C-133/93, C-300/93 e C-362/93.

⁸ Se nella giurisprudenza il principio di proporzionalità si articola in tre test (idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto), nella giurisprudenza della C.G.U.E. il riferimento è alla proporzionalità in senso stretto, che come è noto si ricollega al principio di adeguatezza.

⁹ Secondo alcuni la proporzionalità può dunque presentare una dimensione sostanziale, quella di «regola dell'azione amministrativa» e una dimensione giustiziale, quella di strumento utilizzato dal giudice dell'amministrazione per valutarne l'agire nel caso concreto: G. LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti: il caso inglese e italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 447.

¹⁰ Il principio di derivazione europea è oggi comunemente utilizzato anche nell'ordinamento italiano, talora senza soverchie distinzioni o precisazioni rispetto al più tradizionale principio di logicità, da cui scaturisce il vizio di annullabilità per eccesso di potere (l. n. 241 del 1990, cit., art. 21 *octies*). Più precisamente come figura sintomatica di eccesso di potere di ingiustizia manifesta: Cons. St., sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5714; Cons. St., sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885.

¹¹ Il lessico non è rigoroso utilizzando talvolta le parole eccessivo, o irragionevole, aprendo considerazioni di coincidenza almeno parziale con l'omologo principio di ragionevolezza assunto dalla Corte costituzionale italiana su cui qui non è possibile soffermarsi.

giuridica soggettiva del cittadino interessato deve essere giustificata dalla rilevanza dell'interesse pubblico perseguito¹².

Il principio ha offerto di sé differenti accezioni, sia come idoneità del rapporto tra mezzo adoperato e fine da perseguire; sia come regola del minimo sacrificio possibile¹³.

Il principio di proporzionalità può essere configurato come una specificazione del principio di ragionevolezza con applicazione al bando-capitolato inteso come *lex specialis* la cui violazione è idonea a comportare l'illegittimità delle decisioni assunte dalle stazioni appaltanti nelle procedure di gara. Allo stesso tempo il principio diviene elemento di temperamento dei fini pubblici perseguiti con l'appalto, *in primis* gli interessi dell'amministrazione con il contratto (fini ulteriori), ma anche la tutela della concorrenza e della *par condicio* tra i concorrenti¹⁴.

Nella definizione di ciascuna gara le amministrazioni aggiudicatrici debbono enunciare dei requisiti di partecipazione "proporzionati", cioè richiedere esattamente la capacità "economica e finanziaria" e "tecnico-professionale" necessaria ai candidati - offerenti per eseguire un determinato appalto¹⁵. Non

¹² Si vedano sul terzo test, le conclusioni dell'Avvocato generale Mischo nella causa C-331/88 (Fedesa e altri) che, con riferimento al divieto imposto da un regolamento britannico che recepiva nell'ordinamento interno la direttiva del Consiglio 7 marzo 1988, 88/146/CEE, in merito al divieto di somministrare cinque sostanze ad azione ormonica nelle produzioni animali, ha sostenuto che «[p]er quanto riguarda la proporzionalità in senso stretto, vale a dire il raffronto tra i danni cagionati a diritti individuali e i vantaggi creati come contropartita nell'interesse generale, va rilevato che la preservazione della sanità pubblica deve prevalere su ogni altra considerazione. Poiché riteneva, in forza del suo potere di valutazione discrezionale, di non poter tenere in [considerazione] i dubbi provati dalla maggior parte degli Stati membri e da una larga parte dell'opinione pubblica a proposito dell'innocuità delle sostanze considerate, il Consiglio aveva il diritto di imporre sacrifici economici alle persone interessate».

¹³ Trib. primo grado, 8 luglio 1999, n. 266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij*, <http://curia.europa.eu>; nonché C.G.C.E., 17 dicembre 1970, C-25/70; C.G.C.E., 2 febbraio 1989, C-274/87; C.G.C.E., 16 gennaio 1991, C-24/90; C.G.C.E., 21 settembre 1989, C-46/87, C-227/88; C.G.C.E., 11 luglio 1989, C-265/87; C.G.C.E., 27 ottobre 1993, C-127/92.

¹⁴ R.E. IANIGRO, *Commento Art. 2*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli G. Ferrari, Roma, 2012, 21.

¹⁵ Dir. 2014/24/UE, cit., art. 50; Cons. St., sez. V, 08 aprile 2014, n. 1659.

rispondono a ragionevolezza gli “automatismi legislativi”, cioè quelle previsioni che ricollegano una conseguenza giuridica predeterminata e inderogabile al verificarsi di una data evenienza¹⁶. La ragionevolezza delle richieste della stazione appaltante esplicitate nella *lex specialis* di gara consente di non ledere la concorrenza né pregiudicano il perseguimento dell’interesse pubblico¹⁷. Non sempre la scelta di favore per la concorrenza si risolve in un risparmio di spesa per l’amministrazione. Efficienza e concorrenza hanno infatti due *ratio* normative differenti: la prima, tipica dell’impostazione contabilistica, è volta a tutelare l’amministrazione a fronte del cattivo uso del danaro pubblico da parte dei propri funzionari, cui può farsi fronte mediante previsioni volte a garantire l’esperimento di pubblici incanti e a sottoporre i contratti stipulati all’esito di tali procedure a controlli volti ad evitare che improvvide e dannose obbligazioni incombessero sulla pubblica amministrazione¹⁸.

A seconda della *ratio* prescelta diversamente si atteggia il relativo sindacato di ragionevolezza e proporzionalità assumendo a valore prevalente per l’interesse economico della pubblica amministrazione in un caso e ad una corretta competizione tra le imprese nell’altro.

¹⁶ Sempre più frequentemente la Corte costituzionale dichiara l’illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative che contengono tali “automatismi”, in particolare quando esse sono formulate in modo tale da non permettere al giudice (o eventualmente alla pubblica amministrazione) di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti della regola in relazione alle peculiarità della specifica situazione. Corte cost., n. 303 del 1996, relativo al divario di età tra adottante e adottato che, in base alla legge, non poteva superare in nessun caso il limite dei 40 anni. La regola di per sé non è censurata dalla Corte costituzionale, la quale si limita a dichiarare l’illegittimità costituzionale della *inderogabilità* del limite fissato dal legislatore.

¹⁷ A. AZZARITI, *Requisiti di capacità tecnico-professionale e cause di esclusione negli appalti di forniture delle ASL*, in *Sanità pubblica e privata*, 2009, 80-84; I. FILIPPETTI, *Par condicio e favor participationis nell’interpretazione degli atti di gara*, in *Urb. e app.*, 2009, 822-828; A. BARTOLINI, *I requisiti di capacità economica e finanziaria tra restrizioni della lex specialis e favor participationis*, in *Urb. e app.*, 2007, 1032-1034.

¹⁸ G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 180 e 181.

La discrezionalità nella definizione dei requisiti correttamente esercitata¹⁹ solo se questi risultano ragionevoli²⁰ e proporzionati²¹ secondo al relativa scienza tecnica che li riguardano²².

Per i contratti pubblici esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice e che richiedono il rispetto dei soli principi generali risulta legittima la previsione ad opera della stazione appaltante di comprovare un'idoneità tecnico-

¹⁹ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, 1994, ricorda come anche a livello nazionale nella giurisprudenza costituzionale italiana si nota un uso promiscuo di termini come razionalità, ragionevolezza, proporzionalità, ma anche adeguatezza, coerenza, congruenza, non arbitrarietà, pertinenza e molti altri, quasi si trattasse di sinonimi. Così anche Cons. St., sez. V, 08 aprile 2014 n. 1659 parla di coerenza tra i requisiti di capacità tecnica per la partecipazione ad una gara e l'oggetto del contratto.

²⁰ L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, 899 ss.; J. LUTHER, voce *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 345.

²¹ Cons. St., sez. V, 28 maggio 2014, n. 2775.

²² *Ex multis*: G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: relazione pericolosa o attrazione fatale?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 71; A. FONTANA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 10, 3216; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008, 804 ss.; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.; M. PROTTO, *La discrezionalità tecnica sotto la lente del g.a.*, in *Urb. e app.*, 2001, 878; P. LAZZARA, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. Amm.*, 2000, 212 ss.; F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2000, 277 ss.; F. BENVENUTI, *Introduzione al tema*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 3 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 265; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 685 ss.; A. CARIOLA, *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 30 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1963, 65 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, 1939.

professionale minima per poter prendere parte alla procedura selettiva²³.

La capacità tecnica e professionale può giustificare la limitazione solo ai produttori e non anche altre imprese commerciali nel caso di appalti concernenti delle produzioni specificamente effettuata per l'appalto (c.d. "Especially made for" secondo espressione anglosassone o "extracommerciali secondo la definizione della nuova Direttiva). Per i beni di largo e generale consumo ordinariamente presenti sul mercato, manca invece una ragione in sé per circoscrivere ai soli produttori la legittimazione alla stipulazione²⁴.

Sono stati da tempo individuati in legge²⁵ parametri ritenuti dimostrativi dell' idoneità dei fornitori e dei prestatori di servizi: le referenze strettamente intese, l'elenco dei lavori, servizi o forniture effettuati, la struttura operativa del concorrente²⁶.

²³ Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2013 n. 5378. Al contratto di sponsorizzazione (di cui agli art. 26 e 27 del codice dei Contratti pubblici) risultano inevitabilmente applicabili gli art. 42 e 43 del medesimo codice, il che implica un onere di verifica dei requisiti dei concorrenti che sia anteriore all'aggiudicazione e che risulti altresì coincidente con un onere di assoluta trasparenza, ove si dispongano precisi requisiti d' idoneità tecnica e capacità professionale, in generale sul contratto di sponsorizzazione sia consentito rinviare a M. MATTALIA, *Le sponsorizzazioni delle amministrazioni pubbliche: dalla liberalità alla concorrenza*, Lecce, 2012.

²⁴ Cons. St., sez. IV, 24 settembre 2013, n. 4716; Cons. St., sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 969.

²⁵ Cfr. articoli 27 della direttiva 93/37 (corrispondente all'art. 21 del d.lgs. 406 del 1991) e 23 della direttiva 93/36 (che a sua volta ripete una disposizione previgente, integralmente riprodotta nell'art. 14 del d.lgs. 358 del 1992).

²⁶ F. CALARCO, *Appalti pubblici di lavori*, Milano, 1995, 182. La sofisticazione tecnologica e l'affinamento delle scienze tecniche hanno comportato un elevato grado di specializzazione delle imprese, la cui dotazione tecnica è divenuta via via fondamentale per affrontare determinati lavori ed opere. Per quanto concerne gli appalti pubblici, la tensione dell'ordinamento alla tutela e garanzia dell'interesse pubblico all'esecuzione degli appalti "a regola d'arte", senza ritardi e impedimenti, ha coinciso con l'interesse delle ditte che hanno progressivamente investito nel settore tecnico, rinnovando le proprie attrezzature e macchinari: infatti, la capacità tecnica è divenuta per le imprese un elemento di tutta rilevanza per potere concorrere alle gare di appalto (c.d. requisito di partecipazione).

Sono stati ritenuti prova di quest'ultima sia il controllo qualità, sia le verifiche di organismi ufficiali per il caso di prodotti o servizi complessi, sia i *curricula* degli incaricati delle prestazioni, sia l'organico medio sia le dotazioni dell'impresa sia i campioni o certificazioni riguardanti i prodotti da fornire sia infine le misure di gestione ambientale per la prestazione di lavori o servizi²⁷.

L'elencazione dei requisiti tecnico-professionali ivi contenuta è stata ritenuta da taluni tassativa²⁸ quanto meno nel senso che

²⁷ Cfr. par. 2, 3, 4.

²⁸ Nel senso della tassatività dell'elencazione: AVCP, parere, 21 dicembre 2011, n. 237; AVCP, parere, 20 ottobre 2010, n. 177; TAR Liguria, sez. II, 29 marzo 2012, n. 445. Contra: TAR Puglia, Lecce, sez. III, 7 settembre 2012, n. 1472; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 18 marzo 2011, n. 504). In dottrina: F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *I contratti pubblici*, cit., 625; A. MURA, Sub art. 42, in *Codice dei contratti pubblici annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Maggio, Steri, Napoli, 2009, 307-308; G. GRECO, sub art. 42, in *Codice degli appalti pubblici e nuovo regolamento SOA*, a cura di Garofoli, Ferrari, , Roma, 2008, 235; A. CROSETTI, *La disciplina delle opere pubbliche*, Rimini, 2007, 120. In senso contrario Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; Cons. St., sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655; Cons. St., sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7139 secondo cui la stazione appaltante vanta un apprezzabile margine di discrezionalità nel chiedere requisiti di capacità tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli indicati nella disciplina richiamata, ma con il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; sicché non è consentito pretendere il possesso di requisiti sproporzionati o estranei rispetto all'oggetto della gara (). Quindi, sono da considerare legittimi i requisiti richiesti dalle stazioni appaltanti che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, rispettino il limite della logicità e della ragionevolezza e, cioè, della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. Tali requisiti possono essere censurati solo allorché appaiano viziati da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara.

possono essere²⁹ indicati requisiti più severi o restrittivi, o addirittura d'ulteriori³⁰. Anche nell'ordinamento francese la stazione appaltante è tenuta ad indicare nell' *avis d'appel public à la concurrence* il livello di *capacités professionnelles, techniques et financières* richiesto agli offerenti e qualora questi non la possiedano è legittima la loro eliminazione³¹. Nel modello francese parrebbe però possibile non indicare un livello minimo di capacità per poter partecipare alla gara. Più precisamente la stazione

²⁹ C. G.C.E., 17 novembre 1993, C-71/92; AVCP parere n. 177 del 2010; parere 16 giugno 2010, n. 114; 09 giugno 2011 n.102. Confermato è data nelle nuove cfr. Dir. 2014/24/UE, cit., allegato XII, Parte II, Capacità tecnica. Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2009, n. 3448, «la normativa vigente non preclude alle stazioni appaltanti la possibilità di chiedere requisiti ulteriori, logicamente connessi all'oggetto dell'appalto. Per cui nel bando di gara l'Amministrazione appaltante può di certo autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo però il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; Cons. St., sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655; Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377; Cons. St., sez. V, 7 aprile 2006, n. 1878 in tal senso cfr. anche pareri AVCP nn. 33/2008, 55/2010, 102 e 122/2011). In materia di requisiti di ammissione alle gare di appalto della pubblica amministrazione, difatti, le norme regolatrici, sia europee che interne, prevedono fattispecie elastiche, strutturate su concetti non tassativi, ma indeterminati, che implicano, per la loro definizione da parte dell'interprete, un rinvio alla realtà sociale.

³⁰ Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2009, n. 3448, «la normativa vigente non preclude alle stazioni appaltanti la possibilità di chiedere requisiti ulteriori, logicamente connessi all'oggetto dell'appalto. Per cui nel bando di gara l'Amministrazione appaltante può di certo autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo però il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; Cons. St., sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655; Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377; Cons. St., sez. V, 7 aprile 2006, n. 1878 in tal senso cfr. anche pareri AVCP nn. 33/2008, 55/2010, 102 e 122/2011). In materia di requisiti di ammissione alle gare di appalto della pubblica amministrazione, difatti, le norme regolatrici, sia europee che interne, prevedono fattispecie elastiche, strutturate su concetti non tassativi, ma indeterminati, che implicano, per la loro definizione da parte dell'interprete, un rinvio alla realtà sociale.

³¹ Code des marchés publics, art. 45, 52.

appaltante ha due possibilità per procedere alla selezione degli offerenti. Nel caso in cui non richieda un livello minimo di capacità si limiterà a richiedere alle imprese uno o più dei documenti enunciati dal Codice dei contratti pubblici³² e tali elementi saranno valutati dall'amministrazione aggiudicatrice indipendente da qualsiasi requisito minimo. In tal caso la stazione appaltante potrebbe escludere solo “les candidats ne disposant manifestement pas des capacités suffisantes pour exécuter le marché, c'est-à-dire ceux dont les capacités sont, à l'évidence, sans qu'il soit besoin d'un examen approfondi du dossier de candidature, insuffisantes pour assurer l'exécution des prestations faisant l'objet du marché³³”. Se invece la stazione appaltante richiede una capacità minima questa dovrà essere proporzionata all'oggetto dell'appalto³⁴.

La disciplina prevede che i requisiti di partecipazione siano indicati sin dal bando di gara o nell'invito a presentare offerte³⁵,

³² Code des marchés publics, art. 45, il peut demander, par exemple, la production d'une déclaration appropriée de banques qui a pour but de démontrer la crédibilité financière du candidat ou une liste des travaux exécutés au cours des dernières années ou encore une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat.

³³ Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics; CE, 8 août 2008, Région de Bourgogne, n° 307143 ; CE, 8 août 2008, commune de Nanterre, n° 309136 ; CE, 8 août 2008, centre hospitalier Edmond-Garcin, n° 309652: font obligation au pouvoir adjudicateur de contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet dans les avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation dans le cas de procédures dispensées de l'envoi de tels avis, le pouvoir adjudicateur n'est en revanche pas tenu de préciser dans les avis d'appel public à la concurrence des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières exigés des candidats » (CE, 8 août 2008, Région de Bourgogne, n° 307143 ; CE, 8 août 2008, commune de Nanterre, n° 309136 ; CE, 8 août 2008, centre hospitalier Edmond-Garcin, n° 309652

³⁴ Question écrite n° 11279 de M. Jean-Claude Carle (Haute-Savoie - UMP) publiée dans le JO Sénat du 10/12/2009 - page 2848; Réponse du Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi publiée dans le JO Sénat du 21/01/2010 - page 131.

³⁵ Per ciò che attiene al principio di proporzionalità nella scelta dei requisiti tecnici e professionali (costituisce una facoltà dell'amministrazione la precisazione, nell'ambito di quelli previsti per gli appalti di servizi dall'art. 14 d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157, dei

con favore per la trasparenza e consentendo a tutti di conoscere attraverso quali mezzi di prova — tra i diversi elencati dalla norma stessa — l'amministrazione aggiudicatrice intenda valutare i requisiti di capacità. Tutte le disposizioni che regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara per la scelta del contraente con cui addivenire alla stipulazione del contratto pubblico concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la *lex specialis*³⁶ siano esse contenute nel bando ovvero nella lettera d'invito o nei loro allegati (capitolati, convenzioni e simili).

Le disposizioni contenute nella *lex specialis* non vincolano soltanto i concorrenti, ma anche la stazione appaltante che non ha alcun margine discrezionale sulla concreta applicazione delle clausole del bando, ne può disapplicarle³⁷.

singoli requisiti per la dimostrazione della capacità tecnica; unico limite da rispettarsi è che quanto richiesto non abbia carattere eccessivo rispetto all'oggetto dell'appalto, con conseguente adeguata proporzionalità rispetto all'entità ed alla qualità del servizio da svolgere — principio di proporzionalità, cfr. Cons. St., sez. V, 13 maggio 2002, n. 2581), la non tassatività della previsione, e le modalità documentali attestanti l'effettivo possesso del requisito, sia per i partecipanti che per l'aggiudicatario, si rinvia al commento dell'articolo precedente, nel quale sono state svolte analoghe considerazioni. Si deve inoltre precisare che, diversamente dall'art. 13 del d.lgs. 157/1995, per la dimostrazione della capacità tecnica delle imprese negli appalti di servizi, l'art. 14 d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157, non richiede che sia dimostrata l'esecuzione di servizi identici, giacché fa generico riferimento ai «principali servizi prestati negli ultimi tre anni», potendo tali servizi essere surrogabili o integrabili, comunque, in base alle scelte discrezionali della stazione appaltante, con uno o più degli altri elementi probatori ivi elencati; la ratio di tale disposizione, che non richiede l'esecuzione di servizi «identici», è quella di non precludere a nuovi imprenditori l'ingresso nel settore degli appalti pubblici, che, altrimenti, resterebbe ristretto ai medesimi soggetti in grado di documentare ellitticamente l'avvenuto espletamento dei servizi di volta in volta richiesti (v. Cons. St., sez. VI, 2 aprile 2003, n. 1709, in *Urb. App.*, 2003, 1201 e ss., con nota di A. PONTE).

³⁶ S. PONZIO, *I Capitolati negli appalti pubblici*, Napoli, 2006, 39; Cons. St., 13 gennaio 2005, n. 82, in *Foro amm.- Cds*, 2005, 1508, con nota di V. PALMIERI; in *Dir. e giustizia*, 2005, f. 7, 89 con nota di C. GIURDANELLA; Cons. St., 30 agosto 2004, n. 5648; Cons. St., 15 aprile 2004, n. 2162.

³⁷ Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; TAR Lazio Roma, sez. III, 22 maggio 2008, n. 4796.

In assenza di una espressa previsione di bando, la mancanza di alcuni requisiti tecnici richiesti può giustificare l'esclusione del concorrente unicamente nell'ipotesi in cui si dimostri che la suddetta "deficienza" non consenta alla stazione appaltante di valutare adeguatamente l'idoneità del concorrente sotto il profilo tecnico-professionale³⁸. Un orientamento contrario a tale impostazione evidenzia che ammettere alla competizione concorrenti carenti anche di uno solo dei requisiti tecnico-professionali richiesti dal bando di gara inciderebbe negativamente sull'interesse degli altri concorrenti in possesso di tutti i suddetti requisiti, laddove il principio del *favor admissionis* opererebbe unicamente in caso di mere irregolarità, e non nelle ipotesi di carenza assoluta³⁹.

La certificazione di qualità pur se non presente nell'elenco degli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico-professionale rientra in via interpretativa, poiché mira ad assicurare che l'impresa cui si affiderà il servizio o la fornitura sia in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo accertato da un organismo a ciò predisposto. Il rilascio della certificazione di qualità⁴⁰ segue parametri rigorosi delineati a livello europeo, ed è diretta a valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva nonché dell'attività dell'impresa e, di conseguenza, è da considerarsi anch'essa requisito

³⁸ In termini, cfr. Cons. giust. sic., 21 dicembre 2005, n. 946; TAR Sicilia, Catania, 31 maggio 1999 n. 1083, ove si afferma "la clausola del bando che prevede la produzione della dichiarazione dell'impresa concernente la capacità tecnica e/o la capacità economico finanziaria attestante sia la cifra globale degli affari che i lavori eseguiti negli ultimi tre anni, non comporta l'esclusione delle imprese che non abbiano operato nel triennio precedente".

³⁹ Cons. St., sez. V, 7 aprile 2006, n. 1877.

⁴⁰ R. MONTEFUSCO, *Certificare il sistema qualità, Progettazione e realizzazione*, Torino, 1995; G. BADINO, *La certificazione e le sue applicazioni volontarie ai prodotti ed ai sistemi di qualità*, in AA.VV., *Certificare la qualità*, Milano, 2004; R. DAMONTE, *La qualificazione*, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, a cura di F. Caringella E G. De Marzo, Milano, 2003; M.R. SPASIANO E M. CALABRO', *Norme di garanzia della qualità*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di M.A. Sandulli E R. Garofoli, Milano, 2005, 653.

dell' idoneità tecnico-organizzativa dell'impresa⁴¹. L' assenza di tale elemento nell'elencazione si giustifica con la circostanza che il legislatore italiano - come del resto aveva già fatto quello europeo - ha scelto di dedicare al tema delle norme di garanzia della qualità un intero articolo⁴².

Per gli appalti di servizi la pubblica amministrazione può indicare le misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto⁴³. Si tratta di misure ulteriori rispetto agli obblighi provenienti dalla normativa ambientale e da quella relativa alla tutela dei lavoratori di fonte, tanto europea che nazionale o internazionale. In presenza di appalti con particolari implicazioni ambientali (come ad esempio, un appalto di lavori che comporti anche la gestione in loco dei rifiuti) la registrazione in un sistema di gestione ambientale (per esempio ISO 14001, o europea, sistema di ecogestione e audit) può essere utile a provare la capacità tecnica dell'impresa, in particolare sotto i profili delle attrezzature tecniche, del sistema di controllo della qualità e dei mezzi di studio e di ricerca⁴⁴.

2. *La capacità tecnica e professionale del personale.*

⁴¹ Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517.

⁴² D.lgs 163 del 2006, cit., art. 43.

⁴³ Agli abrogati d.lgs. 157/1995, art. 14 in materia di appalti di servizi e d.lgs. 358/1992, art. 14 in materia di appalti di forniture.

⁴⁴ La Commissione ha evidenziato la tendenza attuale secondo cui «le imprese sono indotte sempre più ad integrare un numero crescente di aspetti sociali, etici (e ambientali) nella propria politica aziendale e d'investimenti, talvolta al di là della mera osservanza delle disposizioni legislative in materia sociale». Comunicazione adottata dalla Commissione il 27 novembre 1996 - COM(96) 583 -; ad essa ha fatto seguito la comunicazione della Commissione dell'11 marzo 1998 su «I pubblici appalti nell'Unione europea» - COM(98) 143 -; in particolare poi, la comunicazione sull'integrazione dei criteri sociali si inserisce nell'ambito delle azioni annunciate nella «Agenda della politica sociale», mentre il riferimento all'integrazione dei criteri ambientali nella disciplina degli appalti pubblici è presente anche nella comunicazione della Commissione del 15 maggio 2001 «Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile»-COM(2001)264- e in quella del 24 gennaio 2001 sul Sesto programma d'azione ambientale della Comunità europea «Ambiente 2010: Il nostro futuro, la nostra scelta» - COM(2001) 31.

Il contributo delle risorse umane al conseguimento di elevate *performance* delle imprese è connesso al *management* strategico e di comportamento organizzativo “*people are the key assets in the new world market and that all other assets are nothing more than commodities that can be purchased at market prices, because only the human asset has potential to learn, grow, and contribute*”⁴⁵. Stretta è infatti la relazione tra risorse umane e vantaggio competitivo, in particolare sul contributo derivante dalle risorse umane (*Human Resource* - HR) e dalla gestione delle risorse umane (*Human Resource Management* - HRM): potendosi sostenere che il contributo provenga dalle HR e non dalle pratiche di HRM; o all’opposto che non basti avere delle “*best people*” e che il vantaggio competitivo sia creato dalle pratiche di HRM.

L’influenza del contributo dei membri dell’organizzazione alle *performance* dell’impresa è ritenuta indubbia. La relazione tra capacità di innovazione e organizzazione può essere interpretata in una prospettiva *cross-cultural*⁴⁶: il comportamento, le conoscenze e le competenze acquisite dal personale tecnico/operativo⁴⁷ sono fattori fondamentali di vantaggio competitivo. Soprattutto nelle imprese di servizi - assume un ruolo rilevante la professionalità del personale⁴⁸ che incide sul valore percepito dall’amministrazione⁴⁹ e sulla *customer satisfaction* attraverso la relazione umana che si instaura tra chi eroga e chi riceve il servizio stesso⁵⁰. Nei requisiti

⁴⁵ J. FITZ-ENZ, *How to measure human resources management*, New York, 1995, 45.

⁴⁶ J. P. JOHNSON, T. LENARTOWICZ, S. APUD, *Cross-cultural competence in international business: toward a definition and a model*, in *Journal of International Business Studies*, 2006, 525-543.

⁴⁷ D.A. TANSIK, *Balance in Service Systems Design*, in *Journal of Business Research*, 1990, vol. 20, n. 1, 55-61; R. NORMANN, *Getting People to Grow*, in *Service Management*, New York, 1984

⁴⁸ S. SWAILES, *Professionalism: Evolution and Measurement*, in *The Service Industries Journal*, 2003, vol. 23, n. 2, 130-149.

⁴⁹ Per tutti si v.: K.D. HOFFMAN, J.E.G. BATESON, G. IASEVOLI, *Marketing dei servizi*, Milano, 2007.

⁵⁰ A. BONFANTI, G. M. D'ALLURA, *L'incidenza della professionalità sul valore percepito dal cliente e sulla sua soddisfazione durante il service encounter*, in *Italian journal of management*, 2014, 100; K. STORBACKA, T. STRANDVIK, C. GRÖNROOS,

di partecipazione assume rilievo anzitutto la dimensione quantitativa e qualitativa delle risorse umane a disposizione dell'offerente dimenticandosi forse dell'importanza – anche e a maggior ragione – del carattere di organizzazione delle stesse all'interno della realtà produttiva⁵¹. I prezzi di collocazione sul mercato sono parametri che misurano l'impiego ottimale delle risorse e, in un sistema di concorrenza, la persistente inefficienza delle organizzazioni può determinare la loro uscita dal mercato. In simili situazioni si ritiene che il mantenimento, il miglioramento o la perdita di una posizione competitiva sui mercati di riferimento sia strettamente correlata alla soddisfazione dell'acquirente, sintetizzata dai ricavi⁵². Questa selezione nel procedimento di scelta del contraente viene svolta con la fase di valutazione dell'offerta là dove la commissione aggiudicatrice andrà conoscere il prezzo e conseguentemente si potrà capire l'efficienza organizzativa dell'impresa offerente.

La richiesta dell'organico medio annuo nell'ultimo triennio può essere dimostrata anche mediante “l'indicazione del numero medio annuo dei dipendenti del concorrente e il numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni” che consente di valutare i

Managing customer relationships for profit, in *International Journal of Service Industry Management*, 1994, vol. 5, n. 5, 21-28.

⁵¹ E. MORIN, *Il metodo. Ordine, disordine e organizzazione*, Milano, 1983, 5 ss. Così se “l'organizzazione e l'ordine concernente costituiscono un principio di selezione che diminuisce le occorrenze specifiche del disordine, aumenta nello spazio e nel tempo le loro possibilità di sopravvivenza e/o di sviluppo, e permette in uno sfondo di improbabilità generale diffusa e astratta una probabilità concentrata, locale, temporanea e concreta”.

⁵² S. PONZIO, *La valutazione della qualità delle amministrazioni pubbliche*, Roma, 2012, 23; M. GALEOTTI, *Governo dell'azienda e indicatori di performance*, Torino, 2006, 324; D. LAMANNA DI SALVO, *Commento all'articolo 5 del D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*, in *Codice del nuovo pubblico impiego*, a cura di G. Ferrari E G. Ferrari, cit., 44 e 45.

criteri dimensionali dell'impresa allo scopo di assicurare qualità e continuità di esecuzione del servizio richiesto⁵³.

Il numero medio dei dipendenti e dei dirigenti è un requisito finalizzato a dare contezza dell'affidabilità e dell'efficienza dell'operatore economico in ragione delle relative dimensioni strutturali ed organizzative.

Il concorrente può essere inoltre chiamato ad indicare di quali tecnici ed organi tecnici facciano o meno capo a lui, di quali invece si “*avvale*”⁵⁴, con particolare riguardo a quelli incaricati dei controlli di qualità⁵⁵.

Attiene alla qualità del personale la richiesta di titoli di studio e professionali quale requisito che può essere richiesto⁵⁶ con riguardo ai soggetti che hanno l'effettiva responsabilità delle attività oggetto dell'affidamento⁵⁷.

⁵³ AVCP deliberazione n. 152 del 22 maggio 2007; deliberazione n. 29 del 06 febbraio 2007.

⁵⁴ Cfr. Cap. 3. L'estensione della disciplina dettata dall'art. 49 del d.lgs. 163/2006 è dubbia, la norma non specifica “per l'esecuzione dell'appalto oggetto dell'affidamento”, precisazione sostanzialmente contenuta nell'art. 48, paragrafo 1, lett. b), della direttiva 2004/18/Ce, ma solo con riferimento agli appalti pubblici di lavori.

⁵⁵ È stato opportunamente sottolineata l'evidente “contiguità” tra il presente requisito e quello della certificazione di qualità, di cui all'art. 49 della direttiva 2004/18/Ce, ripreso dall'art. 43 del d.lgs. 163/2006 (cfr. M. R. SPASIANO, M. CALABRÒ, *op. cit.*, 649).

⁵⁶ Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4765.

⁵⁷ AVCP, parere n. 129 del 07 luglio 2010. Secondo cui l'esame dell'operato dell'Amministrazione deve essere condotto tenendo conto del particolare oggetto dell'appalto da affidare: servizio di direzione, gestione operativa, custodia e manutenzione dell'impianto di depurazione. Tale impianto di depurazione, come rappresentato dalla stazione appaltante, è caratterizzato dall'utilizzo all'interno del depuratore stesso dell'impianto di ultrafiltrazione che, come risultati da raggiungere, deve consentire il riuso dell'acqua depurata per usi civili ed industriali, nell'osservanza della vigente normativa (d.m. del 12 giugno 2003 n. 185), la quale prevede il rispetto di caratteristiche chimico-fisiche delle acque di riuso, che vanno verificate mediante il controllo computerizzato. In considerazione delle suddette peculiarità dell'oggetto dell'appalto, la richiesta della specifica esperienza nella gestione di impianti di ultrafiltrazione nonché del possesso da parte del direttore tecnico responsabile dell'impianto dei predetti titoli di studio e professionali risulta del tutto coerente con la richiamata normativa di settore e proporzionata alla tipologia del servizio da appaltare, nonché strettamente funzionale a garantire il prioritario interesse del Comune di Marsala

L'accesso all'esercizio delle professioni è libero⁵⁸, seppure nel rispetto delle disposizioni di legge dettate per ciascun ordinamento professionale. È riservata alla legge quindi sottratta alla pubblica amministrazione la definizione dei requisiti tecnico-professionali e dei titoli professionali necessari per l'esercizio delle attività professionali che richiedono una specifica preparazione⁵⁹.

L'abilitazione all'esercizio professionale è conferita in seguito a esami di Stato (art. 33, c. 5 Cost.)⁶⁰ cui sono ammessi coloro che abbiano conseguito presso università o istituti superiori riconosciuti la laurea o il diploma corrispondente e abbiano superato, nel corso di studi per il conferimento di detto titolo, esami di profitto in discipline determinate⁶¹.

Al pari dell'abilitazione e all'iscrizione ad un determinato albo professionale il titolo di studio può essere richiesto come elemento di qualificazione del personale poiché trattasi di atto amministrativo di certificazione-attestazione del compimento di un ciclo di studi dunque di un determinato bagaglio di conoscenze così come previsto dall'ordinamento scolastico.

alla corretta gestione dell'impianto stesso, che non può prescindere dai sistemi di ultrafiltrazione, automazione e controllo per i quali necessitano sia l'esperienza specifica nel settore sia le figure specialistiche richieste.

⁵⁸ V. E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1894, 230.

⁵⁹ D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 30, *Riconoscimento dei principi fondamentali in materia di professioni, ai sensi dell'articolo 1 della legge 5 giugno 2003, n. 131*, art. 4.

⁶⁰ M. CONSITO, *L'immigrazione intellettuale. Verso un mercato unico dei servizi professionali*, Napoli, 2012, 14.

⁶¹ Ove ora lo specifico contenuto dei crediti formativi non assume più rilievo per la valutazione dei titoli universitari conseguiti al termine dei corsi di studio dello stesso livello, che, ove appartenenti alla stessa classe, hanno identico valore legale ai fini dell'ammissione agli esami di Stato: d.P.R. n. 328 del 2001, cit., art. 7. V. ad esempio per gli avvocati: r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, *Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore*, conv. in l. 22 gennaio 1934, n. 36, art. 17, che per l'iscrizione all'albo richiede, tra l'altro, il possesso della laurea in giurisprudenza conferita o confermata in un'università della Repubblica; per una prospettazione generale: C. MAVIGLIA, *Professioni e preparazione alle professioni*, Milano, 1992, 12, 226.

Prove selettive possono accertare – secondo modalità legislativamente prestabilite – il profitto conseguito⁶² da una determinata persona fisica.

Il titolo di studio costituisce di norma *requisito minimo soggettivo*⁶³ anche per l'accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione proprio perché pone una correlazione tra diplomi e «livelli» di conoscenza alla carriera nella pubblica amministrazione che trova definizione in norme di legge o regolamento, talora con rinvio alla contrattazione collettiva (c.d. *declaratorie*)⁶⁴.

⁶² Così B. G. MATTARELLA, *Qualche domanda sulla c.d. abolizione del valore legale dei titoli di studio*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 2, 215; G. NICOSIA, *E la «carriera» dei dipendenti pubblici nel prisma delle procedure selettive e concorsuali*, in *Lav. nelle Pubbl. Amm.*, 2012, 109; F. SAITTA, *Dalla «filippica» di Einaudi alla riforma Gelmini: il punto dopo mezzo secolo di discussioni sul valore legale dei titoli di studio*, in *Concorrenza e merito nelle Università. Problemi, prospettive e proposte*, a cura di G. Della Cananea - C. Franchini, Torino, 2009, 11 e ss.; A. SANDULLI, *Per l'università della concorrenza e del merito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 224 ss.; F. MERLONI, *Istruzione superiore, autonomia delle università e ruolo dello Stato*, in www.astrid-online.it, 2008; S. CASSESE, *Il valore legale del titolo di studio*, in *Annali di storia delle università italiane*, 2002, 6, 9; N. SAITTA, *Titoli di studio e di cultura*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994, 6-7; S. AMOROSINO, *Riflessioni in materia di valore legale dei titoli universitari, ordinamento delle professioni e accesso ai pubblici impieghi*, in *Cons. di st.*, 1983, 415; C. TORRESI, *Equipollenza dei titoli di studio*, in *L'amm. It.*, 1999, 201; per un precedente si veda già: Cons. St., sez. VI, 19 maggio 1970, n. 385.

⁶³ «Il riconoscimento di tale valore non determina tuttavia *ex se* l'accesso ai pubblici impieghi, ma è solo requisito minimo o talora titolo valutabile, che non esonera i candidati dal superamento delle selezioni in cui occorre dare effettivamente prova del sapere acquisito», così B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Napoli, 2012, 222.

⁶⁴ Diversa è l'idea del valore legale del titolo stesso che parrebbe affermare l'uniformità dei corsi di insegnamento, sicché a parità di titolo corrispondano gradi eguali di conoscenza, *ex multis*: F. MERUSI, *Legge e autonomia nelle università*, in *Dir. Amm.*, 2008, 739; sul valore legale del titolo v. ancora: N. SAITTA, *Esame di Stato*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 340 ss.; M. BRUTTI, *A proposito del valore legale del titolo di studio*, Bologna, 1977, 741; G. ROSSI, *Esame di Stato*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989; più recentemente: F. SAITTA, *Autonomia universitaria ed equipollenza (sostanziale) dei titoli di studio: una ... «disuguaglianza sostenibile» o è meglio abolirne il valore legale?*, in *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello* (Atti del Convegno di Copanello, 1-2 luglio 2005), a cura di F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta, Torino, 2006, 193 ss., e in *Riv. giur. scuola*, 2006, 37 ss; S.

Analogamente per la stipula di contratti pubblici spetta alla stazione appaltante richiedere l'indicazione dei titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi o dei dirigenti dell'impresa concorrente e, in particolare, dei soggetti concretamente responsabili della prestazione di servizi, in ragione dell'oggetto della prestazione richiesta.

La richiesta di un determinato titolo di studio è sottoposta al principio del mutuo riconoscimento⁶⁵ dei diplomi che sono

CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Valore legale dei titoli, statuto speciale dei docenti e altri «idola» dell'Università italiana*, in *www.irpa.eu*, 2008; M. CONSITO, *L'immigrazione intellettuale*, cit., 9; B. GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, cit., 220, cfr. nota 50. Da ultimo sul principio del concorso pubblico nell'ordinamento italiano: R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Le recrutement dans les administrations publiques et le principe du concours dans le système juridique italien*, in *Revue franc. d'adm. publ.*, 2012, 443; W. GASPARRI, voce *Università degli studi*, in *Dig. sez. pubblico*, Torino, 2000.

⁶⁵ Sul principio del mutuo riconoscimento e libera circolazione dei servizi: M. PEETERS, M. MC KEE, S. MERKUR, *EU Law and Health Professionals*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN, T. K. HERVEY, *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge University Press, 2010, 590 e s.; V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, College d'Europe, Research Papers in Law, Cahiers juridiques, No. 2/2009; K. ARMSTRONG, *Mutual Recognition*, in C. Barnard, J. Scott, *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, 225, 240; L. DZABIROVA, *New Developments in the EU Internal Market – Harmonisation v. Mutual Recognition*, in *Romanian Journal of European Affairs*, 2009, 53 e s.; G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002; inoltre sul riconoscimento delle qualifiche professionali: M. CEVOLI, G. CORONAS, *I sistemi di riconoscimento delle qualifiche in Europa*, in *Riv. politiche sociali*, 2006, fasc. 4, 355; E. CHIARETTO, *Il riconoscimento delle qualifiche professionali nell'Unione europea*, in *Riv. dir. intern. priv. process.*, 2006, 689; A. MARI, *La nuova direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali (commento alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2005/36 del 7 settembre 2005)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 398; P. ANDREOZZI, *La libertà di stabilimento nelle libere professioni: il riconoscimento di titoli, diplomi e qualifiche professionali nel settore delle professioni sanitarie in Europa*, in *RTSA*, 2005, 1, 107; R. ROTIGLIANO, *Primo commento alla recente direttiva 2005/36/Ce sul riconoscimento delle qualifiche professionali*, in *Serv. pubb. appalti*, 2005, 901; L. LEZZI, *Principio di equivalenza, mutuo riconoscimento e libera circolazione delle professioni nell'Unione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2003, 383; V. HATZOPOULOS, *Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services*, 37 *Common Market Law Review* 43 (2000); G. MAJONE, *Mutual Recognition*, in *Federal Type Systems*, EUI Working Papers

equiparabili⁶⁶. Il mutuo riconoscimento manifesta un intento di integrazione a sistema delle esperienze nazionali⁶⁷ di preparazione e di professionalità che agevola nel tempo la comparabilità tra le qualifiche possedute in forza del quale i professionisti – o aspiranti tali – possono avere accredito e quindi, titolo d’accesso all’esercizio di professioni in Stati diversi da quelli in cui hanno conseguito la formazione⁶⁸.

Gli operatori economici stabiliti in altri Paesi dell’Unione Europea si qualificano all’amministrazione pubblica producendo documentazione conforme alla normativa vigente nel Paese di appartenenza, idonea a dimostrare il possesso dei requisiti prescritti per la stipulazione di contratti pubblici (d.lgs 163 del 2006, cit., art. 47)⁶⁹.

SPS n. 93/1, 1993; J. PERTEK, *Reconnaissance des diplômes et ouverture des emplois publics aux ressortissants communautaires*, in *Actualité juridique Droit administratif (AJDA)*, 1991, 680.

⁶⁶ C. ZILIOLI, *L’apertura delle frontiere intracomunitarie ai professionisti: la direttiva CEE n. 89/48*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1989, 422, che illustrano come il legislatore comunitario inizialmente abbia puntato su un ravvicinamento dei contenuti e dei requisiti dei diversi percorsi formativi nazionali per poi allontanarsi da tale approccio e introdurre con la direttiva 89/48, sulla base del c.d. principio della fiducia, un obbligo di riconoscimento tra gli Stati membri dei diplomi acquisiti secondo le disposizioni del relativo Stato di origine, per quanto non armonizzate.

⁶⁷ D. FISICHELLA, *Il principio del mutuo riconoscimento e la libera circolazione delle professioni nell’Unione europea*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 1999, 53 e s.

⁶⁸ M. CONSITO, *L’immigrazione intellettuale*, cit., 100, ID., *L’immigrazione tra pluralismo valoriale e multiculturalismo*, in *Fenomenologia e Società*, Torino, 2014, spec. 56-57; qualifica il mutuo riconoscimento, atto non limitato all’accertamento di un’equivalenza prestabilita tra gli elementi che ne costituiscono oggetto, ma piuttosto idoneo a produrre un effetto ulteriore, di ammissione, di validazione o – più in generale – di accreditamento.

⁶⁹ Cons. St., sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577. Questo vale per gli operatori economici: stabiliti negli altri Stati aderenti all’Unione Europea; stabiliti nei Paesi firmatari dell’accordo sugli appalti pubblici che figura nell’allegato 4 dell’accordo che istituisce l’Organizzazione mondiale del commercio; o stabiliti in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale, o in base ad accordi bilaterali siglati con l’Unione Europea o con l’Italia consentano la partecipazione ad appalti pubblici a condizione di reciprocità.

Legittima è la partecipazione ad appalti di servizi e forniture di operatori ovunque gli stessi abbiano il proprio domicilio.

Non è possibile per un operatore europeo possa avvalersi dei requisiti tecnico operativi messi a disposizione da parte di un'impresa extracomunitaria - non appartenente ad alcuno dei Paesi di cui al d.lgs 163 del 2006, cit., art. 47 c. 1° o che non abbia stipulato particolari accordi di reciprocità con l'Unione Europea o con l'Italia⁷⁰.

Quanto al pregiudizio consistente nel mancato arricchimento del proprio curriculum professionale, ossia nell'impossibilità di indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto sfumato a causa dell'illegittimo comportamento dell'amministrazione esso si pone in termini obiettivi per il fatto stesso della mancata aggiudicazione e sia intrinsecamente valutabile in termini equitativi *ex art.* 1226 c.c.⁷¹.

Permangono tuttavia alcuni dubbi interpretativi relativamente al suo ambito applicativo: non è chiaro in particolare, se il divieto di partecipazione valga solo per gli appalti di lavori, oppure anche per quelli di servizi e forniture. La norma parla espressamente di qualificazione e non di partecipazione portando si è ritenuto che il divieto debba valere solo per i lavori, per i quali opera il sistema di qualificazione. M. GENTILE, *Avvalimento di impresa cinese: primi dubbi sull'istituto*, in *Urb. e app.*, 2007, 1547.

⁷⁰ Cons. St., sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 969.

⁷¹ Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 22 ottobre 2015, n. 642; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 26 gennaio 2015, n. 62; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 7 marzo 2014, n. 100 reputano congruo parametrarlo all'1% del valore dell'offerta; Cons. St., sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 656 ha, riconosciuto un risarcimento per danno curriculare nella misura del 5%, ma a fronte della particolarissima importanza mediatica e visibilità della commessa per un appalto in un ambito ed in un contesto di rilevanza internazionale quale Expo 2015. Cons. St., sez. IV, 07 novembre 2014, n. 5497 l'impresa, ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto pubblico, può rivendicare, a titolo di lucro cessante, anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare; peraltro il danno curriculare, inteso quale specificazione del danno da lesione dell'interesse positivo, si compone di due elementi: a) la perdita di un livello di qualificazione già posseduta ovvero la mancata acquisizione di un livello superiore, quale conseguenze immediate e dirette della mancata aggiudicazione; b) la mancata acquisizione di un elemento costitutivo della specifica idoneità tecnica richiesta dal bando oltre la qualificazione

3. *La capacità tecnica e professionale data dalle attrezzature.*

La descrizione delle attrezzature tecniche e delle misure di garanzia della qualità deve consentirne la precisa individuazione e rintracciabilità⁷².

La richiesta di una particolare capacità di produzione, di studio e di ricerca del concorrente e le misure impiegate per il controllo di qualità sono correlate alla circostanza che i prodotti da fornire o i servizi da prestare siano particolarmente complessi o debbano rispondere, eccezionalmente, ad uno scopo determinato⁷³. È evidente la “contiguità” con i due requisiti precedenti e, più in generale, con il tema della qualità.

Tali dotazioni al pari delle misure di gestione ambientale che riguardano la fase di esecuzione delle prestazioni di appalto possono essere anticipate come requisito soggettivo, chiedendo la certificazione rilasciata da organismi indipendenti accreditati, del rispetto da parte del concorrente di determinate norme di gestione ambientale (sistema europeo di eco gestione e *audit*: EMAS).

Ulteriore elemento attiene all’attrezzatura, il materiale e l’equipaggiamento tecnico. È evidente che le attrezzature, il materiale e l’equipaggiamento tecnico non debbono essere genericamente nella disponibilità del concorrente, il possesso di specifiche attrezzature è requisito di esecuzione e la stazione appaltante in sede di gara può chiedere unicamente che i

SOA; ma entrambe tali voci di danno vanno comprovate secondo i principi in tema di responsabilità extracontrattuale della Pubblica amministrazione.

⁷² Determinazione 13 dicembre 2000, n. 56; analogamente Ministero dei lavori pubblici, circolare 1° marzo 2000, n. 182/400/93; Determinazione 8 settembre 2004, n. 11; si veda anche Ministero dei lavori pubblici, circolare 1° marzo 2000, n. 182/400/93.

⁷³ “È infatti ipotizzabile che un concorrente, ancorché fornito di tutti i requisiti di qualificazione, non sia in grado di offrire uno specifico servizio, per la cui erogazione avrebbe, in astratto, tutti i titoli (in termini di capacità organizzativa, di controllo di qualità e di serietà imprenditoriale)”. Cons. St., sez. V, 13 maggio 2002, n. 2580, in *Foro amm.* - *CdS*, 2002, 1253.

concorrenti dichiarino di impegnarsi a dotarsi delle necessarie attrezzature in caso di aggiudicazione⁷⁴.

I principi di non discriminazione e parità di trattamento vietano di fissare requisiti calibrati in modo tale da creare barriere territoriali alla partecipazione o da favorire le imprese in ambito locale⁷⁵. Pertanto nel definire le attrezzature tecniche necessarie le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti il possesso di una struttura localizzata in prossimità del luogo di esecuzione del contratto, ma solo di istituirla in un congruo termine a seguito dell'aggiudicazione⁷⁶. Nel valutare la legittimità della richiesta di una struttura organizzativa localizzata occorre considerare se essa è effettivamente necessaria o se sono percorribili soluzioni alternative meno limitative della concorrenza⁷⁷. Con particolare riferimento agli appalti aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi di refezione scolastica, è stato chiarito come la richiesta, tra i requisiti di capacità tecnica, del possesso dei centri di cottura posizionati ad una certa distanza chilometrica dal luogo dell'esecuzione dell'appalto, non costituisce una condizione di partecipazione, bensì un obbligo contrattuale posto in capo all'aggiudicatario. Qualora infatti la Stazione appaltante, per motivate e peculiari circostanze, ritenga importante che il soggetto che provvede all'erogazione del servizio di refezione scolastica debba avere un centro di cottura in

⁷⁴ AVCP n. 92 del 07 novembre 2012 pertanto, nella procedura di affidamento di una concessione di servizio è da ritenersi carente il requisito attinente al possesso di attrezzature tecniche nei confronti del concorrente che abbia dichiarato di possedere in comodato d'uso gratuito la disponibilità di attrezzature richieste, di proprietà di altra impresa, in presenza di apposita prescrizione di bando che ne impone il "possesso in forza di proprietà, locazione almeno triennale, o leasing", atteso che, ai fini della dimostrazione dei requisiti tecnici, il comodato d'uso gratuito non è equiparabile alla locazione o al leasing, stante la natura precaria del possesso da esso derivante, come configurato dagli artt. 1809, comma 2, e 1810 c.c. (cfr. Comunicato AVCP n. 73 del 16 maggio 2012). Cfr anche deliberazioni n. 60/2007 e n. 103/2007.

⁷⁵ AVCP, deliberazione 19 dicembre 2013, n. 40.

⁷⁶ AVCP, parere, 20 febbraio 2013, n. 18; AVCP, deliberazione 7 novembre 2012, n. 92.

⁷⁷ Cons. St., sez. V, 22 giugno 2010, n. 3887.

prossimità del proprio territorio, deve chiedere nel bando al solo aggiudicatario di soddisfare detto requisito. Diversamente, infatti, si configurerebbe una violazione sia del principio di non discriminazione, sia del principio di parità di trattamento producendo un iniquo vantaggio agli operatori economici già operanti sul territorio di riferimento, e determinando, a causa della richiesta capacità organizzativa aggiuntiva per l'impresa, un elemento di distorsione dei costi del partecipante alla procedura di gara⁷⁸.

Più in generale si può affermare che il divieto di discriminazione copre forme di discriminazione indiretta, come "l'impiego di altri criteri di distinzione, quali il luogo d'origine o di residenza di un lavoratore possono, a seconda delle circostanze, produrre effetti equivalenti alla discriminazione in base alla nazionalità"⁷⁹.

Con l'elaborazione della nozione di discriminazione indiretta, il concetto di discriminazione viene ampliato, in quanto la sua identificazione non è più basata su un criterio formale/letterale

⁷⁸ Cons. St., sez. V, n. 3887/2010; Parere di Precontenzioso n. 18 del 20/02/2013; nello stesso orientamento Deliberazione n. 22 del 8/05/2013. G. DE BURCA, *Unpacking the Concept of Discrimination in EC and International Trade Law*, in *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises Barnard*, a cura di C. - Scott, J., Oxford-Portland, Oregon, 2002, 181 ss; M. POLARES MADURO, *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Portland, Usa, 1998, 60 ss

⁷⁹ Così C.G.C.E., 12 febbraio 1974, C-153/73, *Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, in *Racc.*, 1974, 153 ss. La nozione di discriminazione indiretta è abbastanza ampia da ricomprendere una serie di regole che possono limitare la libertà di circolazione, quali i requisiti di residenza, i requisiti linguistici, i requisiti relativi ad esperienze professionali o qualificazioni. Tali requisiti infatti, a seconda di come sono formulati, possono operare a danno di cittadini di altri Stati membri. La sentenza è ricordata da P. FARMER, *The Court's Case Law on Taxation: a Castle Built on Shifting Sands?*, in *EC Tax Review*, 2003, 76, il quale sottolinea altresì come l'accertamento dell'equivalenza tra discriminazione basata sulla nazionalità e discriminazione basata sulla residenza ovvero altro criterio di collegamento territoriale non richieda una verifica in concreto che la norma discriminante effettivamente colpisca soprattutto gli stranieri ma una semplice "possibilità intrinseca" che la disposizione oggetto di censura incida in modo particolare sugli stranieri, i quali, per effetto di tale disposizione risultino in condizioni di svantaggio rispetto ai cittadini.

(l'espresso ricorso, nella normativa in questione, alla nazionalità quale criterio di distinzione), ma implica un'indagine anche sugli "effetti discriminatori" eventualmente prodotti dalla norma in esame. Siffatta indagine si risolve spesso in una verifica sugli scopi della misura che appare potenzialmente discriminante, e può essere alternativamente volta ad accertare l'intento protezionista del legislatore ovvero l'illegittimità degli scopi dichiarati⁸⁰. In particolare, nel contesto dinamico dell'ordinamento comunitario l'ampliamento del concetto di discriminazione segnala il progress verso il diverso e più incisivo principio di non restrizione, formulato già nelle norme del Trattato ed esplicitato nella giurisprudenza⁸¹. Nella c.d. formula Dassonville si stabilisce che: "Ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative

Nel principio di non restrizione la valutazione della legittimità della misura è effettuata sulla base dei suoi effetti sul commercio intracomunitario; la censura colpisce tutte quelle misure che rappresentano un ostacolo al commercio intracomunitario⁸².

Sia il giudizio di discriminazione indiretta sia il giudizio fondato sul principio di restrizione si incentrano sulla verifica degli effetti, rispettivamente discriminanti o restrittivi, prodotti dalla norma nazionale oggetto di scrutinio⁸³.

⁸⁰ Sulla differenza teoretica tra discriminazione formale, diretta, materiale indiretta e inerente, e sulla pratica sovrapposizione dei vari criteri identificativi del concetto, in un giudizio basato sul test di non discriminazione, si rinvia a F. ORTINO, *From 'Non-Discrimination' to 'Reasonableness': a Paradigm Shift in International Economic Law?*, in *Globalization, Technologies and Legal Revolution: Liber Amicorum in Memory of Sergio Ortino*, a cura di F. Palermo, G. Poggeschi, G. Rautz, J. Woelk, editors., Bolzano: Nomos Verlagsgesellschaft, 2012, 13 ss

⁸¹ C.G.C.E., 28 gennaio 1974, C-8/74, in *Racc.*, 1974, 837 ss

⁸² C. MONACO, *I principi di non discriminazione, non restrizione e ragionevolezza nel diritto comunitario e nel diritto del commercio internazionale: struttura, contenuto e incidenza sui sistemi fiscali nazionali*, in *Riv. dir. fin.*, 2006, 449.

⁸³ F. FILPO, *Commento all'art. 345 TFUE*, in *Codice dell'Unione europea operativa*, a cura di C. Curti Gialdino, Napoli, 2012, 232; A. GARDELLA, *Commento*

Il rapporto tra i due principi può essere descritto in termini di comprensione - il principio di non restrizione comprenderebbe anche il principio di non discriminazione - ed il passaggio al principio di non restrizione rappresenterebbe un superamento del più limitato canone di non discriminazione. A ciò si aggiunga che il divieto di discriminazione pone una prescrizione di carattere formale: non si impone l'adozione di una disciplina specifica ma si richiede che ciascuno Stato applichi la propria disciplina senza discriminare tra cittadini e non cittadini, ovvero tra residenti e non residenti. Il principio di non discriminazione quindi non porta all'integrazione dei mercati ma lascia sussistere i singoli mercati nazionali.

Il principio di parità di trattamento è strettamente connesso con quello di non discriminazione ed entrambi costituiscono valori su cui si fonda la disciplina europea. Il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza costituisce un'espressione specifica del principio generale di uguaglianza e uno dei principi fondamentali del diritto europeo: esso impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata⁸⁴. Il principio di parità di trattamento vieta non soltanto le discriminazioni palesi per ragioni di cittadinanza, ma anche «qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze»⁸⁵. Tale principio, quindi, ha portata più vasta, in quanto consente la valutazione della discriminazione in base a criteri diversi. La sua definizione, comunque, non è soltanto in negativo, in quanto divieto di discriminazione, ma anche in positivo, come obbligo di definizione di “regole del gioco” chiare ed eque, definite e rese pubbliche con modalità tali da porre i potenziali concorrenti di una

all'art. 345 TFUE, in *Trattati dell'Unione Europea*, a cura di A. Tizzano, Milano, 2014, 2509, nonché la giurisprudenza ivi citata.

⁸⁴ C.G.C.E., 8 ottobre 1980, n. 810/79, 1981, IV, 218.

⁸⁵ C.G.C.E., 13 luglio 1993, n. 330/91. Nello stesso senso si era espressa anche precedentemente in C. G.C.E., 3 febbraio 1982, nn. 62 e 63/81.

gara nella stessa condizione di partenza e applicabili in modo uniforme, al fine di rendere effettivo il mercato della concorrenza. Ciò implica non solo la fissazione di condizioni di accesso non discriminatorie all'attività economica, ma anche l'adozione da parte delle autorità pubbliche di ogni misura adatta a garantire l'esercizio di tale attività⁸⁶. Le amministrazioni, pur essendo libere di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura, sono tenute a garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi e che la procedura si svolga nel rispetto delle regole e dei requisiti stabiliti inizialmente⁸⁷.

Tutti i concorrenti devono essere messi in condizione di formulare le proprie offerte in condizioni di parità e il raffronto delle offerte deve avvenire in base a criteri obiettivi. Può essere ritenuta un'applicazione di questo assunto il principio, consolidato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, della vincolatività della *lex specialis* fissata con gli atti di gara, ancorché non coerente con lo *ius superveniens* eventualmente intervenuto dopo la loro emanazione, secondo cui il procedimento deve essere assoggettato alla disciplina vigente all'epoca di pubblicazione del bando, momento iniziale del procedimento stesso, e le modifiche normative intervenute successivamente a tale data, per quel procedimento, devono considerarsi irrilevanti⁸⁸.

Così i criteri che conducono all'individuazione dell'aggiudicatario non possono essere modificati nel corso della procedura e devono essere applicati in maniera oggettiva e uniforme a tutti i partecipanti⁸⁹. Può affermarsi che il procedimento concorrenziale svolge la funzione di garantire l'imparzialità delle scelte dell'amministrazione e la selezione

⁸⁶ C.G.C.E., 26 febbraio 1992, C-357/89; C.G.C.E., 7 luglio 1992, C-295/90.

⁸⁷ C.G.C.E., 25 aprile 1996, C-87/94.

⁸⁸ Cons. St., sez. V, 11 maggio 1998, n. 226; Cons. St., sez. V, 14 aprile 2000, n. 2237; Cons. St., sez. V, 22 settembre 2001, n. 4989.

⁸⁹ C.G.C.E., 18 ottobre 2001, C-19/00.

dell'offerta ritenuta "migliore" nell'interesse pubblico che la stessa è tenuta a perseguire. Infatti, si assume che, con la messa in concorrenza di tutte le offerte potenziali su un dato progetto e il rispetto del principio di parità di trattamento, il sistema selezioni quella migliore. Ulteriori effetti della concorrenza sono la riduzione del margine di profitto dell'aggiudicatario finale, sia in termini di prezzo corrisposto dall'amministrazione, sia in termini di proventi della gestione, anche con riferimento alla durata della stessa. In tal senso, l'esperibilità di procedure ad evidenza pubblica risulta finalizzato anche a selezionare "l'offerta economicamente più vantaggiosa" per la pubblica amministrazione.

Il raffronto delle offerte deve rispettare, in tutte le fasi della procedura, anche il principio di trasparenza, «affinché tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle offerte»⁹⁰. Questo mira ad assicurare l'effetto utile del principio di parità di trattamento garantendo effettive condizioni di concorrenza⁹¹.

L'obbligo di trasparenza consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione. In pratica, la garanzia di una procedura equa e imparziale costituisce il corollario necessario dell'obbligo di garantire una pubblicità trasparente⁹². Ne consegue che un appalto deve essere aggiudicato nel rispetto delle disposizioni e dei principi del trattato, al fine di garantire condizioni di concorrenza eque all'insieme degli operatori economici interessati da tale appalto⁹³.

Principi di libertà economica, di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento, di libera prestazione di servizi, di parità di trattamento, di imparzialità, di pubblicità e trasparenza

⁹⁰ C.G.C.E., 25 aprile 1996, C- 87/94.

⁹¹ Commissione europea, comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, 12 aprile 2000.

⁹² C.G.C.E., 7 dicembre 2000, C-324/98; C.G.C.E., 21 luglio 2005, n. C-231/03, *Corame*, cit.; C.G.C.E., 13 ottobre 2005, C- 458/03.

⁹³ C.G.C.E., sez. III, 27 ottobre 2005, n. C-234/03.

dell'azione amministrativa che hanno trovato graduale attuazione nelle direttive via via emanate in materia di appalti pubblici, al fine di garantire procedure di aggiudicazione leali, non discriminatorie e immuni, pertanto, anche da rischi di frodi e corruzione⁹⁴.

4. *La capacità tecnica e professionale data dell'esperienza pregressa.*

La dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita tramite l'elenco dei principali servizi e forniture, il riferimento temporale è all'ultimo triennio; la modalità di prova è rappresentata dai certificati rilasciati dai committenti pubblici e dalle dichiarazioni rese dai committenti privati⁹⁵. Di solito assume rilievo per definire la capacità tecnica e professionale così come quella economico finanziaria l'analisi di bilancio, cioè uno strumento utile a rivelare la composizione patrimoniale, la situazione e la struttura finanziaria, gli andamenti economici dell'impresa negli aspetti consuntivi e nelle proiezioni future.

Si tratta della documentazione del bilancio d'esercizio che rappresenta l'informazione esterna ordinariamente fornita dall'impresa per obbligo normativo e per una propria politica di

⁹⁴ Ispirandosi a tali principi, la Corte di giustizia ha, ad esempio, stabilito che «la legge interna che subordina la concessione di aiuti ad enti pubblici al fatto che una parte della merce venga acquistata da imprese ubicate in determinate regioni del territorio nazionale [...] impedisce agli enti pubblici interessati di rifornirsi per una parte del materiale occorrente presso imprese ubicate in altri Stati membri», con la conseguenza che «i prodotti originari di altri Stati membri sono pertanto discriminati»: sentenza 16 maggio 1991, C-263/85, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Italiana, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 609; in senso analogo cfr. altresì Corte di giustizia, 20 marzo 1990, in causa C-21/88, Du Pont De Nemours c. USL 2 di Carrara, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 487.

⁹⁵ A tal riguardo, nel caso di affidamento del servizio di tesoreria, la richiesta di aver svolto servizi analoghi nei confronti di enti locali appare indebitamente limitativa dell'accesso alla procedura di gara, nella misura in cui crea un nesso imprescindibile tra l'affidabilità del futuro contraente in termini di capacità tecnica e la peculiare natura giuridica dei destinatari di prestazioni analoghe a quella richiesta dal bando medesimo, impedendo in questo modo la partecipazione a soggetti che abbiano effettuato prestazioni analoghe in favore di enti diversi da quelli puntualmente indicati dalla *lex specialis* di gara, così AVCP, parere n. 110 del 08 ottobre 2009.

comunicazione a terzi⁹⁶. Per le sole società di capitali e le società cooperative vi è un obbligo di redazione del bilancio d'esercizio con vicolo al deposito presso gli uffici del registro delle imprese⁹⁷.

Ai fini della dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese partecipanti ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, è evidente il riferimento alla nozione di "esercizio", inteso come periodo amministrativo di durata ordinariamente annuale, coincidente con l'anno solare. Allo stesso modo, riguardo la capacità tecnica e professionale nel caso in cui l'amministrazione richieda, per la dimostrazione del requisito, l'elenco dei principali servizi prestati, questi devono essere dimostrati con riferimento agli ultimi tre anni⁹⁸. Appare pacifico, infatti, che il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito di capacità economico-finanziaria di che trattasi è quello solare, che decorre dal 1° gennaio e che ricomprende i tre anni solari antecedenti la data del bando. Ed invero, ai fini della dimostrazione della capacità economica e finanziaria delle imprese partecipanti ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, (d.lgs. n. 163 del 2006, art. 41, cit.) fa riferimento alla nozione di "esercizio", inteso come periodo amministrativo di durata ordinariamente annuale, coincidente con l'anno solare. Non appare dubbio che il triennio preso in considerazione come periodo utile a dimostrare la capacità economico-finanziaria delle imprese coincida con i tre esercizi annuali antecedenti la data di pubblicazione del bando, mentre, solo in relazione ai requisiti di capacità tecnica e professionale di, il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincide

⁹⁶ A. MASSERA, *Lo stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011, 93.

⁹⁷ G. MELIS *Il contenuto informativo dello stato patrimoniale e del conto economico*, in *Strumenti per il controllo economico e finanziario nelle imprese*, Milano, 2013, 2 ss.

⁹⁸ AVCP, parere, 21 novembre 2012, n. 198; AVCP, parere, 23 settembre 2010, n. 161.

necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economico-finanziaria⁹⁹.

Viene, sul punto, particolarmente in rilievo la problematica connessa alla possibilità di limitare la rilevanza delle forniture e dei servizi utili per dimostrare la capacità professionale prevista dalla norma ai soli contratti analoghi a quello oggetto dell'affidamento in gara¹⁰⁰. Il concetto di servizio analogo, e parimenti quello di fornitura analoga, deve essere inteso non come identità, ma come similitudine tra le prestazioni, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato, ma al contrario l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità¹⁰¹.

⁹⁹ Cons. St., sez. VI, 06 maggio 2014, n. 2306;

¹⁰⁰ Per l'illegittimità di una limitazione ai soli servizi e forniture analoghi, Cons. St., sez. VI, 2 aprile 2003, n. 1709. Per la tesi che considera legittima tale limitazione, Cons. St., sez. V., 15 dicembre 2005, n. 7139, Cons. St., sez. V, 19 aprile 2005, n. 1807, Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2002, n. 919, con nota di E. RIZZI, *In tema di prescrizione di possesso di requisiti di capacità tecnica, riferiti ad esecuzione di servizi identici a quelli posti in gara anche per quanto concerne le strutture destinatarie degli stessi*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubbl.*, 2002, 273 ss.. indubbio che con la prescrizione di particolari requisiti su composizione, qualità, misure, confezionamento, tecniche di costruzione dei prodotti si possono introdurre surrettiziamente misure protezionistiche a favore dei prodotti nazionali; questo è il motivo per cui spesso la C.G.C.E. ha sanzionato le specifiche tecniche che facevano riferimento a prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza il cui effetto era di favorire o escludere determinati fornitori o produttori, ravvisando in esse «misure di effetto equivalente» alle restrizioni quantitative all'importazione e dunque in contrasto con gli artt. 28 ss. del Trattato CE; cfr., *ex multis*, causa 45/87, Commissione c. Irlanda (Dundalk), sentenza del 22 settembre 1988, in Racc., 1988, 4929; causa C-243/89, Commissione c. Danimarca (ponte sullo Storebælt), sentenza del 22 giugno 1993, in Racc., 1993, 3353.

¹⁰¹ In senso conforme *ex multis*: AVCP, Parere, 20 novembre 2013, n. 197; AVCP, Parere, 19 dicembre 2012, n. 208. Ciò anche a seguito dell'introduzione dell'art. 1 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con legge 7 agosto 2012, n. 135, che richiede una motivazione per l'introduzione di limiti all'accesso alle procedure in virtù del fatturato (AVCP, Parere, 5 dicembre 2012, n. 201). Si ritiene illegittima la richiesta di aver maturato un periodo della propria attività in un determinato contesto territoriale (Cons. St., sez. V, 10 settembre 2008, n. 4338).

Pertanto, i cd. servizi di punta non si pongono in violazione con i principi di proporzionalità e ragionevolezza se la *lex specialis* di gara ha come obiettivo quello di far partecipare alla gara concorrenti che abbiano l'esperienza e la competenza di gestire le complessità tecniche proprie del servizio che si intende affidare. Mediante il contratto di punta la Stazione appaltante seleziona a priori la partecipazione di concorrenti con un certo grado di esperienza, comprovata dall'aver svolto singoli servizi di un rilievo economico certo complessivamente considerati, con l'avvertenza che il valore e la durata di questo singolo contratto devono essere stabiliti con carattere di proporzionalità e di adeguatezza rispetto alla tipologia e all'oggetto della prestazione per la quale è stata indetta la gara¹⁰².

Infine, il requisito dei principali servizi analoghi deve essere provato da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni e non possono essere accettate dichiarazioni sostitutive¹⁰³. L'espletamento dei servizi analoghi nel triennio di riferimento deve avere carattere continuativo, anche se il bando di gara nulla dispone a riguardo. Infatti, in una fattispecie relativa all'affidamento di servizi di supporto alla gestione e accertamento dell'evasione tributaria di tributi comunali, in cui il bando di gara richiedeva l'espletamento negli ultimi tre esercizi dell'attività di accertamento e riscossione coattiva dei tributi, l'Autorità ha affermato che la capacità professionale in questione doveva essere necessariamente dimostrata attraverso la continuità del servizio realizzato in ciascun anno del triennio di riferimento, a riprova della capacità tecnica dell'azienda offerente, anche se il bando non aveva richiesto espressamente il carattere continuativo del servizio stesso¹⁰⁴.

¹⁰² AVCP, Parere di Precontenzioso n. 39 del 27/03/2013; TAR Milano, Sez. I, n. 1356 del 15 maggio 2012.

¹⁰³ AVCP, Parere di Precontenzioso n. 202 del 18/12/2013.

¹⁰⁴ Parere di Precontenzioso n. 201 del 18/12/2013; Parere di Precontenzioso n. 29 del 13/03/2013.

Inoltre tale requisito non va confuso con il fatturato specifico che attiene, infatti, esclusivamente ad un elemento di natura contabile e finanziaria, mentre l'elenco dei principali servizi riguarda l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi; inoltre l'elenco dei servizi, quale requisito di capacità tecnica e professionale, deve essere provato da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi, se trattasi di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, mentre il fatturato non richiede un tale genere di documentazione¹⁰⁵.

Nel caso di forniture è inoltre possibile richiedere la produzione di campioni¹⁰⁶, descrizioni o fotografie dei beni da fornire, la cui autenticità sia certificata a richiesta della stazione appaltante e la produzione di certificato rilasciato dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme.

La stazione appaltante può richiedere l'indicazione della quota di subappalto, tale previsione è sempre stata considerata quale condizione per la richiesta di autorizzazione al subappalto e per la legittimità della relativa autorizzazione¹⁰⁷.

¹⁰⁵ TAR Catania Sicilia, sez. III, 01 febbraio 2008, n. 216, in *Foro amm. TAR* 2008, 2, 619 (s.m.).

¹⁰⁶ Cons. St., sez. III, 23 ottobre 2014 n. 5225.

¹⁰⁷ Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459; TAR Abruzzo, L'Aquila, 4 maggio 2004, n. 574. M. BROCCA, *Sollecitazioni comunitarie per appalti pubblici più «ecologici» e «sociali»*, in *Urb. e app.*, 2002, 998.