

Mi viene sottoposto l'esame di alcune censure sul bando di gara finalizzata alla conclusione di un accordo quadro indetto dalla Azienda Sanitaria Locale TA.

In merito rilevo quanto segue.

Dato di partenza è l'inevitabile considerazione che esiste in capo alla stazione appaltante la titolarità di fissare i requisiti di partecipazione alla gara ad integrazione degli aspetti che non sono oggetto di specifica ed esaustiva regolamentazione da parte del Codice degli appalti: questo potere per la sua discrezionalità si sottrae al sindacato del giudice amministrativo, salvo che riveli *ictu oculi* manifesta irragionevolezza, irrazionalità, arbitrio, sproporzionalità illogicità o contraddittorietà: quindi la discrezionalità dell'azione amministrativa d'integrare i requisiti di partecipazione ad una gara non può essere mero arbitrio, ma deve costituire attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, dettati dall'art. 97 Cost: mai, quindi, il potere discrezionale della PA deve tradursi in un'indebita limitazione dell'accesso delle imprese interessate presenti sul mercato, ma deve garantire un accesso ragionevolmente ampio alla procedura concorsuale: la giurisprudenza del giudice amministrativo è granitica in questi termini.

Alla luce di queste considerazioni ritengo che solo alcune delle doglianze rappresentate nella nota trasmessami in data 07.10.2015 appaiono fondate.

Non ritengo fondato il primo motivo di doglianza ( **difficoltà temporale nel procurarsi la copiosa documentazione richiesta** ). Nel fissare i termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, la PA deve tener conto in particolare della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte ( art. 227 C. d. A. ) : orbene tale regola mi sembra sia stata rispettata, anche a voler considerare inutilizzabile, per le ferie in corso, il periodo tra il cinque ed il 23 agosto e vincolante per la presentazione dei chiarimenti il termine del 21 settembre indicato dal portale telematico Empulia, e non quello del 29 settembre indicato dal disciplinare di gara ( art. 6 ): questa è la mia convinzione almeno, finché non viene allegata una specifica difficoltà a procurarsi la documentazione richiesta dal bando.

Va, peraltro detto, che per alcuni giudici ( Tar Reggio Calabria, 298, 11.04.298 ) laddove la risposta alla richiesta di chiarimenti non sia pervenuta o sia pervenuta in modo non esaustivo ciò consentirebbe di chiedere un differimento del termine per presentare l'offerta.

Sulla richiesta di **due referenze bancarie**, nelle quali l'Istituto bancario, oltre alla capacità di solvenza del concorrente, dichiara esplicitamente "il possesso della capacità finanziaria ed economica per far fronte all'appalto" (vds rif. A, pag. 9 del disciplinare ) rilevo quanto segue: l'art. 41 c.1, del d.lgs 163/2006 prevede : "1. *Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385* " : orbene il contenuto della dichiarazione a rendersi dalle banche non può che essere quello indicato dal disciplinare, anche se va precisato che la dichiarata capacità economica e finanziaria va riferita al lotto per il quale si gareggia: detta documentazione, poi, per espressa disposizione dello stesso d. lgs. 163, art. 41 c. 4 dev' essere presentata già in sede di offerta. Orbene queste dichiarazioni che non hanno la funzione di garantire il concorrente ma semplicemente quella di presentare il concorrente non possono essere confuse con le fideiussioni che hanno una causa diversa, e sono destinate a garantire la sottoscrizione del contratto e l'esecuzione del contratto. Questa richiesta, poi, proprio perché rappresenta quanto previsto espressamente dal codice degli appalti ( art. 41 ) non rivela arbitrio, illogicità o contraddittorietà: da ciò concludo che è legittima la richiesta di quelle dichiarazioni. Va, però, detto alla fine che il Codice degli appalti consente al concorrente - che non è in grado, per giustificati motivi - di presentare in sostituzione delle dichiarazioni bancarie, *qualsiasi* altra documentazione, considerata idonea dalla stazione appaltante.

Le **polizze fideiussorie** sono imposte dal richiamato d. lgs. 163/2006: una ha carattere definitivo ( **Art. 113. Cauzione definitiva** ) e l'altra a carattere provvisorio ( **Art. 75** ) la somma garantita deve naturalmente essere quella per la quale si gareggia: le stesse sono destinate ad essere attivate allorquando vi è inadempimento

da parte dell'aggiudicatario. Anche questa richiesta poiché prevista espressamente dal codice degli appalti ( artt 113 e 75 ) non può essere censurata.

Circa la tematica del **fatturato** rilevo che, a mio parere, il disciplinare prevede un *quid pluris* rispetto a quello che dispone la legge: il codice degli appalti, infatti, prevede ( art. 41, comma 1, lettera c ) l'indicazione del *fatturato globale* dell'azienda e l'indicazione del *fatturato del settore* oggetto della gara: il disciplinare, invece, richiede l'indicazione del fatturato specifico: orbene se con l'espressione "*fatturato specifico*" la PA ha inteso indicare la specie di prodotto che è un sottoinsieme del settore merceologico, devo dire che la richiesta è illegittima perché non specifica la ragione di questa ulteriore limitazione non prevista espressamente dal Codice degli appalti che all'art. 41, c. 2, terzo periodo recita espressamente: " Sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale. Anche in questo caso va ricordato che il Codice degli appalti consente al concorrente - che non è in grado, per giustificati motivi - di presentare in sostituzione dei fatturati , *qualsiasi* altra documentazione, considerata idonea dalla stazione appaltante.

Circa **l'elenco delle fatture** attestanti tale fatturato specifico comprovato dalla certificazione dell'ente pubblico (vds. punto 3 dell'all. C, pag. 9) rilevo che l'art. 41, c. 4 del dls 163/2006 dispone che la documentazione probatoria che confermi le dichiarazioni relative al fatturato globale o di settore dev'essere esibita dall'aggiudicatario e non dal semplice concorrente.

Circa la dichiarazione della **ditta produttrice** attestante l'esistenza di un rapporto contrattuale con il concorrente - il che escluderebbe, per es. il concorrente che acquisti dall'importatore - mi sembra un requisito del quale non riesco ad individuare una giustificazione plausibile: mi sembra questo uno di quei casi nei quali sia possibile il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità della p.a., perché il requisito è *ictu oculi* manifestamente irragionevole, irrazionale.

Non mi sento di condividere gli **ulteriori rilievi** che trovandoci di fronte ad un accordo quadro, i requisiti economici e finanziari debbano essere di maglia più larga, e che debbano essere ridotte le garanzie: simili possibilità, per essere lecite avrebbero dovuto essere normativamente previste, perché discostano lo schema contrattuale dell' accordo quadro dallo schema tipico e generalizzato della gara ad evidenza pubblica.

Tanto Vi rappresento, seppure succintamente, in evasione di quanto richiestomi.

Avvocato Giuseppe Nocco.