

## Ufficio Studi CODAU

**"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau"**

**Appalti: violazione del "*favor participationis*" e verifica della coerenza<sup>1</sup>.**

### **1. Il fatto**

Il presente contributo trae spunto dalla pronuncia del TAR Toscana che accoglie il ricorso di una società di servizi, a capo di un'associazione temporanea di imprese (ATI), con il quale viene richiesto l'annullamento degli atti di gara per l'affidamento dell'appalto di accoglienza/reception e dei servizi correlati alle attività di comunicazione del Comune di Empoli. Con l'approvazione dei verbali di gara, viene determinata l'esclusione dell'ATI ricorrente in quanto carente del requisito di idoneità professionale richiesto nel disciplinare di gara ai fini dell'ammissione alla procedura. I giudici, ritenendo che le motivazioni addotte dalla stazione appaltante siano limitate, delineano il principio del *favor participationis* ed analizzano il requisito dell'idoneità "in concreto" e non soltanto dal punto di vista di formale.

### **2. Il principio del "*favor participationis*" e requisito di idoneità professionale in concreto.**

Il principio del *favor participationis* negli appalti pubblici è stato introdotto dalla legislazione per favorire una più ampia partecipazione delle imprese alle procedure di affidamenti di appalti e concessioni, al fine di tutelare la concorrenza e garantire ampio accesso al libero mercato dei lavori e dei servizi. Occorre considerare inoltre che il rapporto tra imprese ed amministrazione appaltante è sempre stato particolarmente complesso, soprattutto per gli interessi pubblici sottesi alle procedure ed agli interessi contrapposti delle aziende che vi partecipano.

L'applicazione di tale principio intende assicurare parità di trattamento tra le imprese concorrenti all'interno dei margini di discrezionalità riconosciuti alla pubblica amministrazione, anche in riferimento alla definizione dei requisiti stessi di partecipazione. Per tale ragione, il principio del *favor participationis* emerge nella necessità che le regole dettate all'interno del bando, *lex specialis* che governa l'intero procedimento, siano chiare, precise e non lesive di interessi e di posizioni dei singoli concorrenti<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ha collaborato alla stesura del presente documento Claudia Caprodossi Università di Camerino

<sup>2</sup> Cfr. Tar Lombardia, Milano, 23 aprile 2020, n. 677, in cui i giudici nel dichiarare l'illegittimità dell'esclusione di un concorrente in una gara di appalto per una fornitura in ambito sanitario, ha confermato che laddove il dato testuale del bando di gara (*lex specialis*) presenti ambiguità, deve essere prescelto il significato più favorevole all'ammissione del concorrente e ciò per garantire il pubblico interesse al più ampio confronto concorrenziale.

Nel caso specifico della sentenza oggetto del presente commento, secondo il giudice, il principio del *favor participationis* finisce per essere leso nel momento in cui il partecipante viene escluso per mancanza del requisito dell'idoneità professionale per la prestazione principale richiesta dal bando<sup>3</sup>. La ditta interessata risulta infatti essere iscritta al registro della Camera di Commercio, industria, artigianato e agricoltura per attività rientranti nel Codice ATECO 80.1 che non coincide con i codici attività indicati nel disciplinare di gara. Il giudice evidenzia che la *lex specialis* sotto la rubrica "Requisiti di idoneità", richiedeva agli operatori "l'iscrizione nel registro contenuto nella Camera di Commercio, industria, artigianato e agricoltura per attività coerenti con quelle oggetto della procedura di gara (sia come prestazione principale che secondaria)". A tal punto occorre verificare cosa debba intendersi per *coerenza*, termine che deve necessariamente essere interpretato dal punto di vista concreto e non soltanto formale. L'amministrazione appaltante, nel giudicare l'esclusione della concorrente, si è limitata a desumere la carenza del requisito di idoneità soltanto da un punto di vista formale non trovando corrispondenza ed esatta sovrapposibilità tra i codici indicati nel disciplinare e quelli presentati dalla concorrente. Il requisito della coerenza viene ad essere soddisfatto nel momento in cui è presente un riconoscimento sostanziale tra quanto contenuto nella certificazione e quello delle prestazioni da eseguirsi in concreto. Infatti, secondo il giudice, entrambe le attività sono *espressione di una vigilanza che si configura prevalentemente come controllo degli accessi con registrazione e verifica degli ospiti ed in collegamento con servizi di sicurezza e videosorveglianza, attività di norma rientranti in servizi inerenti alla gestione degli immobili*<sup>4</sup>.

Secondo il giudice ricercare una perfetta coerenza testuale sarebbe una operazione *ultronea e irragionevole*, in quanto le iscrizioni, le certificazioni, le attestazioni, ecc., rappresentano documenti preesistenti rispetto alla procedura di gara e formati indipendentemente dalla stessa per una pluralità di possibili utilizzi<sup>5</sup>.

Inoltre, il giudice conferma che *nell'ipotesi, comunque, di un dubbio interpretativo, e in assenza di prescrizioni espresse che obbligassero all'esclusione, la stazione appaltante avrebbe dovuto*

---

<sup>3</sup> La prestazione principale così come indicata nel disciplinare di gara è "Servizio di accoglienza/reception e assistenza agli organi istituzionali" mentre il codice ATECO presentato dalla concorrente fa riferimento all'attività di vigilanza non armata e servizi di portierato presso centri commerciali, ipermercati e/o strutture commerciali e industriali in genere.

<sup>4</sup> Cfr. Circolare Ministero dell'Interno 23 aprile 2019: rientrano nel *genus* dei servizi di vigilanza non armata le prestazioni che si risolvono: "nel controllo delle infrastrutture di servizio, nella registrazione dei visitatori, nel vietare la sosta nella guardiola di persone non autorizzate ... nel fornire indicazioni, nella custodia delle cose loro consegnate, nell'ispezionare la corretta chiusura dei cancelli e delle altre vie di accesso allo stabile, nello svolgere una specifica attività di prevenzione antincendio".

<sup>5</sup> Cfr. Consiglio di Stato, V sezione, sent. n.508/2021: nella gara di appalto, qualora il bando richieda alle imprese concorrenti l'iscrizione alla Camera di commercio, la predetta iscrizione ha lo scopo di consentire una selezione tra imprese che abbiano specifiche competenze ed esperienza nel settore oggetto della gara dovendosi verificare preventivamente che le aziende svolgano in concreto le attività che si intendono appaltare a nulla rilevando la denominazione sociale che può solo indicare in via astratta il settore operativo.

*comunque applicare il principio del favor participationis, consentendo la permanenza del concorrente e nell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale<sup>6</sup>.*

### **3. Conclusioni**

Alla luce dell'impostazione giurisprudenziale sempre più condivisa e quindi al frequente ricorso ad interpretazioni che favoriscono l'ampia partecipazione dei concorrenti alle gare per l'appalto di beni, lavori e servizi è importante, tuttavia, operare una riflessione sulla possibilità che tale l'applicazione, dal punto di vista funzionale, possa entrare in conflitto con altri principi cardine dell'ordinamento. Il rischio che il *favor participationis* possa indurre ad interpretazioni che operino deroghe anche a regole tassative<sup>7</sup> è possibile, basti pensare ad esempio a quelle che sanciscono l'esclusione da procedure in caso di erronei aspetti formali che possano tradursi in vantaggio per un concorrente rispetto ad un altro, anche per la sola diminuzione di adempimenti procedurali.

È qui che l'analisi in concreto della fattispecie deve sempre essere alla base delle valutazioni che non possono di certo essere generalizzate ma applicate caso per caso.

---

<sup>6</sup> Cfr. Consiglio di stato, Sezione quinta, sentenza del 24 gennaio 2020 n. 607.

<sup>7</sup> Principio della *par condicio* oppure al principio della vincolatività delle regole e delle disposizioni.