

Aggiudicazione appalto: differenze tra requisiti di partecipazione e di esecuzione

Il TAR distingue tra le due tipologie di requisiti, uno attinente all'operatore, l'altro invece all'oggetto dell'appalto

di [Redazione tecnica](#) – 13.09.2022

Le clausole inserite all'interno della *lex specialis* possono essere a volte foriere di contenziosi, se non si comprende la distinzione tra **requisiti di partecipazione** e **requisiti di esecuzione**. Ne è prova la [sentenza n. 11164/2022](#) del Tar Lazio, sez. V, con la quale è stato respinto il ricorso presentato da un concorrente in merito alla legittimità di una clausola inserita nella *lex specialis* di una gara d'appalto avente ad oggetto l'affidamento di servizi postali.

Gare d'appalto: i requisiti dell'operatore e i requisiti di esecuzione

In particolare, secondo la ricorrente sarebbe stata illegittima la lettera d'invito laddove ha prescritto che il concorrente dovesse garantire, a pena d'esclusione, una copertura geografica diretta pari al 100% della popolazione residente nel Lotto, senza possibilità di ricorrere al fornitore del servizio universale (ossia Poste Italiane).

Secondo la ricorrente questa previsione avrebbe determinato la sostanziale esclusione dalla gara di tutti gli operatori economici ad eccezione di Poste Italiane S.p.A., unico soggetto dotato di una struttura capillare e capace di soddisfare il requisito previsto dalla lettera di invito, stante l'ottenimento di contributi pubblici atti a sostenere le perdite derivanti dall'erogazione dei servizi postali in situazioni di fallimento di mercato.

Sostanzialmente si tratterebbe di una clausola relativa a un **requisito di partecipazione alla selezione dei contraenti** perché contraria ai principi di libera concorrenza e liberalizzazione del mercato dei servizi postali *ex artt. 30 e 83 del D.Lgs. n. 50/2016*.

Sulla questione, la Stazione Appaltante ha precisato invece di avere garantito la partecipazione alla gara e la concorrenza suddividendo l'appalto in lotti regionali. Non solo: il requisito di copertura dei CAP era richiesto come requisito di esecuzione e non di partecipazione. Per altro, era stata anche offerta la possibilità di partecipare in RTI, ATI oppure di ricorrere al subappalto.

Requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione: differenze

Sulla questione, il giudice ha prima distinto tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, specificando che, mentre i primi sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità (*ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016*) e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione (*ex art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016*), i secondi caratterizzano la fase esecutiva del servizio

Il possesso dei requisiti di partecipazione è richiesto al concorrente **sin dal momento della presentazione dell'offerta**, mentre i requisiti di esecuzione sono, di regola, condizioni per la **stipulazione del contratto di appalto**, pur potendo essere considerati nella *lex specialis* come elementi dell'offerta, a volte essenziali, più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale. In ogni caso la regolazione dei requisiti di esecuzione va rinvenuta nella *lex specialis*, con la conseguenza che:

- se richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio;
- se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario.

Nel caso in esame, dato che la *lex specialis* stabilisce che l'operatore economico debba garantire la copertura del 100% dei CAP del lotto assegnato, essa va intesa come requisito di esecuzione dell'appalto e non invece di partecipazione. Questo requisito, infatti, attiene prettamente alle modalità di esecuzione del servizio aggiudicato e agli obiettivi che la stazione appaltante ambisce raggiungere. Non ha invece a che vedere con la selezione del concorrente alla luce dei suoi propri requisiti.

Legittimità della clausola di esecuzione

In riferimento alla legittimità di questa clausola, il Collegio ha specificato che va considerato il **corretto bilanciamento degli interessi in conflitto**, ovvero la tutela della concorrenza e l'apertura del mercato da un lato e l'interesse pubblico ad un servizio postale soddisfacente e capillare.

La previsione di una soglia di copertura dei CAP inferiore al 100% per singolo lotto, se da una parte garantirebbe ad un numero maggiore di operatori economici la possibilità di aggiudicarsi l'appalto, dall'altra renderebbe il servizio inefficiente. Da qui il bilanciamento operato dalla SA: appalto suddiviso in lotti regionali, con ammissione di RTI e subappalto per rendere più semplice a un operatore garantire la copertura al 100%.

I lotti regionali infatti permettono di aprire la selezione anche a quegli operatori economici che investono in una porzione ridotta di mercato e non sarebbero in grado di assicurare l'esecuzione del servizio pubblico sull'intero territorio nazionale; l'ammissione di RTI e ATI permette di aprire la selezione a coloro che per caratteristiche strutturali (più che dimensionali) debbano ricorrere al sostegno di altri operatori per soddisfare il servizio pubblico oggetto dell'appalto. Infine, l'ammissione del subappalto, permette di selezionare qualitativamente l'attività da svolgere in proprio e quella invece da devolvere a diverso e più idoneo operatore economico.

Di conseguenza, il ricorso stato respinto: non è stata riscontrata né violazione della tutela del libero mercato e della concorrenza, né è stato previsto un requisito di esecuzione quale requisito di partecipazione, attendendo invece solo all'oggetto dell'appalto.

Sentenza