

Consiglio di Stato, Sez. IV, 19/7/2004 n. 5174

Sulla legittimità della P.A. di richiedere requisiti per la partecipazione ad una gara più elevati di quelli fissati dalla legge.

E' legittima la scelta da parte dell'Amministrazione appaltante di richiedere ai partecipanti particolari requisiti di partecipazione, anche più stringenti e più elevati di quelli minimi stabiliti direttamente dalla legge quando tali requisiti non siano *ictu oculi* irragionevoli o illogici o contraddittori in relazione all'oggetto della gara stessa. Il potere così attribuito all'amministrazione costituisce concreta esplicitazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento stabiliti dall'articolo 97 della Costituzione.

In particolare la scelta da parte dell'Amministrazione appaltante di richiedere ai partecipanti particolari requisiti di partecipazione, tali da consentire la partecipazione alla gara soltanto alle banche e agli intermediari finanziari, iscritti nell'elenco speciale, per la peculiarità delle attività obiettivamente svolte e per l'affidabilità che essi assicurano, non appare illogica, contraddittoria o irragionevole e sfugge, sotto tale profilo, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, impingendo nel merito dell'azione amministrativa.

Materia: appalti / appalti pubblici di servizi

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello iscritto al NRG 956 dell'anno 2004 proposto dal MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia ope legis in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

SIMEST S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dal prof. Avv. Carlo Malinconico, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via di Porta Castello n. 33;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. III, n. 9852 del 12 novembre 2003;

Visto il ricorso in appello proposto dal Ministero dell'economia e delle finanze;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della SIMEST S.p.A.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

Visto il dispositivo di sentenza n. 211 del 25/03/04;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 23 marzo 2004 il consigliere Carlo Saltelli;

Uditi l'avvocato dello Stato Mangia, per l'amministrazione appellante, e l'avvocato Corsini, su delega dell'avvocato Malinconico, per la società appellata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con apposito bando di gara, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 23 aprile 2003 e su quella della Comunità Europea il 26 aprile 2003, il Ministero dell'economia e delle finanze indicava una procedura ristretta (licitazione privata), ex articolo 6, comma 1, lett. b), del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, e successive modificazioni ed integrazioni, per l'affidamento: a) della gestione del fondo rotativo ex art. 26 della legge n. 227 del 1977 (sottoconti ex artt. 6 e 7 della legge n. 49 del 1987: gestione dei crediti d'aiuto a favore dei paesi in via di sviluppo per progetti e programmi della cooperazione bilaterale italiana e dei crediti agevolati concessi alle imprese italiane per investimenti nei paesi in via di sviluppo); b) della gestione dei rientri nei crediti finanziari agevolati concessi ai sensi delle leggi n. 384 del 1988 e n. 101 del 1992, relativi ai Protocolli di collaborazione Italia - Malta.

Per quanto qui interessa, la partecipazione a tale gara, ai sensi del punto 4.a) del predetto bando, veniva espressamente riservata alle banche italiane o comunitarie iscritte nell'albo di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, ovvero agli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale previsto dall'articolo 107, comma 1, dello stesso decreto legislativo; per completezza espositiva, occorre ricordare che l'articolo 13 del bando fissava minutamente i requisiti di partecipazione alla gara, mentre il successivo articolo 14 indicava i criteri attraverso cui la commissione giudicatrice avrebbe determinato l'offerta economicamente più vantaggiosa.

La SIMEST S.p.A., nella asserita qualità di società per azioni costituita dal Ministero del commercio con l'estero, in forza della legge 24 aprile 1990, n. 100, svolgendo proprio l'attività di promozione della partecipazione a società e imprese costituite all'estero e avendo presentato istanza di partecipazione alla predetta gara, con ricorso giurisdizionale notificato il 23 giugno 2003 chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'annullamento del ricordato bando di gara e del relativo disciplinare, nella parte in cui riservava la partecipazione alle banche italiane e comunitarie e agli intermediari finanziari, iscritti rispettivamente, le prime, all'albo di cui all'articolo 13, e i secondi, nell'elenco speciale di cui all'articolo 107, comma 1, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385.

A sostegno dell'impugnativa venivano articolati tre motivi di censura.

Con il primo, deducendo "Violazione e falsa applicazione di legge (decreto legislativo n. 157 del 1995, articoli 3, 15, comma 2, e allegato 1; articolo 47 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385; legge 24 aprile 1990, n. 100; decreto legislativo 1998 n. 143) - eccesso di potere per erroneità del presupposto - Violazione dei principi di concorrenza, di proporzionalità e di massima partecipazione alle gara", la società ricorrente lamentava che la previsione di determinati requisiti di partecipazione, quali l'iscrizione in albi o elenchi, limitando il numero dei soggetti abilitati a partecipare alla gara, poteva ritenersi legittima soltanto se tali iscrizioni o autorizzazioni erano necessarie ai fini della prestazione oggetto di affidamento, condizione che non ricorreva nel caso di specie, laddove l'attività da espletarsi dall'aggiudicataria, come del resto emergeva dalla lettura del bando di gara e diversamente da quanto opinato dall'amministrazione appaltante, non consisteva in un'attività di risparmio o di esercizio del credito; né a diversa conclusione, secondo l'assunto dell'appellante, si giungeva sulla scorta dell'articolo 47 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che non prevedeva la creazione di una riserva di monopolio legale delle banche con riferimento all'attività di gestione dei fondi per la concessione di crediti agevolati o di aiuti.

Con il secondo motivo, rubricato "Eccezione subordinata di contrasto con la richiamata direttiva comunitaria n. 92/50/CEE", la società, per l'ipotesi che non fosse stata ritenuta condivisibile la tesi interpretativa sostenuta con il primo motivo di censura, sollevava questione di interpretazione pregiudiziale delle norme comunitarie in materia, chiedendo che fosse sottoposta, ai sensi dell'articolo 234 del Trattato CE, alla Corte di Giustizia la questione della compatibilità della predetta direttiva 92/50/CEE, ed in particolare con l'articolo 30, con l'allegato 1°, ctg. 6.b), nonché con i principi di proporzionalità e non discriminazione, la normativa nazionale che imponeva per la partecipazione alla gara per l'aggiudicazione del servizio di gestione di un fondo rotativo per conto della pubblica amministrazione l'iscrizione nel registro dei soggetti svolgenti attività bancarie o degli intermediari finanziari abilitati all'esercizio dell'attività nei confronti del pubblico (dotati di particolari requisiti

patrimoniali e organizzativi), escludendo i soggetti abilitati all'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria, ma non nei confronti del pubblico, allorché, come nel caso di specie, il servizio oggetto di appalto consisteva in un'attività senza rischio per l'aggiudicatario, derivante dall'andamento dei crediti agevolati o di aiuto alla cooperazione con i paesi in via di sviluppo.

Con il terzo motivo, infine, denunciando "Eccesso di potere per illogicità manifesta, disparità di trattamento, incoerenza con i precedenti comportamenti dell'Amministrazione - Istruttoria carente", la società ricorrente osservava che, per le caratteristiche intrinseche del servizio da affidare, privo di qualsiasi rischio per l'aggiudicatario, non vi era alcuna necessità di richiedere ai soggetti partecipanti alla gara di appalto l'iscrizione nel registro dei soggetti che svolgono attività di credito al pubblico; ciò senza contare che, per un verso, essa ricorrente svolgeva effettivamente la stessa attività oggetto di gara (sia pur con riferimento ad altri fondi rotativi), essendo notoriamente subentrata al Mediocredito centrale (di cui aveva assorbito risorse umane e finanziarie) e che, per altro verso, la stessa decisione di restringere il lotto dei soggetti partecipanti ai soli mediatori finanziari di cui all'articolo 113 del decreto legislativo n. 385 del 1993 era frutto di una scelta irragionevole e contraddittoria, avvenuta nel corso dello stesso procedimento di gara, atteso che tale ulteriore limitazione, non contenuta nel bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 23 aprile 2003, risultava sul sito internet del 5 e del 7 maggio 2003.

Con atto notificato il 6 agosto 2003, poi, la SIMEST S.p.A. proponeva motivi aggiunti, impugnando alla stregua di un solo motivo di censura, rubricato "Illegittimità derivata", la nota n. 72865 del 1° agosto 2003, con la quale l'Amministrazione dell'economia e delle finanze l'aveva esclusa dalla gara per difetto dei presupposti di cui al punto 4.a) del bando di gara, e chiedendo, altresì, la condanna dell'intimata amministrazione al risarcimento del danno derivante dall'ingiusta esclusione dalla gara.

Il Ministero dell'economia e delle finanze resisteva al ricorso.

Con la sentenza n. 9852 del 12 novembre 2003 l'adito Tribunale, sezione III, accoglieva il ricorso, sostenendo che il servizio oggetto di appalto non consisteva in un'attività bancaria o di intermediazione e annullava, pertanto, gli atti impugnati, respingendo nel contempo la domanda risarcitoria, perché sfornita di prova.

Avverso tale statuizione ha proposto appello il Ministero dell'economia e delle finanze, sostenendone l'erroneità e chiedendone la riforma, in quanto frutto di un'errata applicazione delle norme disciplinanti la fattispecie, nonché di una immotivata ed acritica adesione alle tesi difensive prospettate dalla società ricorrente, del tutto infondate in punto di diritto.

Invero, diversamente da quanto opinato dai primi giudici, il servizio oggetto di affidamento, secondo l'appellante, aveva natura finanziaria e non costituiva mero espletamento di attività tecnico - istruttoria, così che esso rientrava nell'ambito di applicazione dell'articolo 47 del testo unico bancario approvato con il decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, il quale conteneva una riserva di attività a favore delle banche e degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 dello stesso testo unico; in ogni caso, sempre secondo la tesi dell'amministrazione appellante, non poteva dubitarsi dell'ampio potere discrezionale di cui essa era titolare nell'individuazione dei requisiti di partecipazione ad una determinata gara in ragione dello specifico oggetto del servizio da affidare, così che, proprio in relazione alla particolare e delicata gestione dei fondi rotativi in questione, non rinvenendosi gli estremi dell'irragionevolezza o dell'arbitrarietà o dell'illogicità, la scelta di limitare il lotto dei partecipanti alla gara in esame non poteva considerarsi illegittima; infine, nessun rilievo decisivo, ai fini della sua ammissione alla gara, poteva riconoscersi al particolare regime di cui aveva goduto nel passato la SIMEST S.p.A. nella gestione di fondi rotativi.

La SIMEST S.p.A. si è costituita in giudizio, deducendo l'inammissibilità ed infondatezza dell'avverso gravame, di cui ha chiesto il rigetto.

DIRITTO

I. E' controversa la legittimità del bando di gara, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 23 aprile 2003 e su quella della Comunità Europea il 26 aprile 2003, con cui il Ministero dell'economia e delle finanze ha indetto una procedura ristretta (licitazione privata), ex articolo 6, comma 1, lett. b), del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, e successive modificazioni ed

integrazioni, per l'affidamento della gestione del fondo rotativo ex art. 26 della legge n. 227 del 1977 (sottoconti ex artt. 6 e 7 della legge n. 49 del 1987: gestione dei crediti d'aiuto a favore dei paesi in via di sviluppo per progetti e programmi della cooperazione bilaterale italiana e dei crediti agevolati concessi alle imprese italiane per investimenti nei paesi in via di sviluppo) e dei rientri nei crediti finanziari agevolati concessi ai sensi delle leggi n. 384 del 1988 e n. 101 del 1992, relativi ai Protocolli di collaborazione Italia - Malta, nella parte, ai sensi del punto 4.a) del predetto bando, ha riservato la partecipazione alle banche italiane o comunitarie iscritte nell'albo di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, ovvero agli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale previsto dall'articolo 107, comma 1, dello stesso decreto legislativo.

Il Ministero dell'economia e delle finanze chiede la riforma della sentenza n. 9852 del 12 novembre 2003, con cui il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione III, su ricorso della SIMEST S.p.A., esclusa dalla predetta procedura concorsuale proprio per la mancanza dei requisiti indicati al punto 4.a.) del bando di gara, ha annullato quest'ultimo ed il provvedimento di esclusione, ritenendo illegittima la predetta riserva di partecipazione in favore delle banche italiane o comunitarie iscritte nell'albo di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, ovvero degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale previsto dall'articolo 107, comma 1, dello stesso decreto legislativo, in quanto il servizio oggetto di affidamenti non consisteva in un'attività bancaria o di intermediazione.

Il gravame è affidato a tre motivi di censura, con i quali l'amministrazione appellante rivendica la legittimità del proprio operato, insistendo sulla natura finanziaria del servizio oggetto di affidamento (rientrante nelle previsioni di cui all'articolo 47 del testo unico bancario, approvato con decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385) e comunque sulla ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione circa l'individuazione in capo ai partecipanti di una procedura pubblica dei requisiti ritenuti utili, necessari e opportuni per l'affidamento di un appalto, escludendo la rilevanza - ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto in esame - del particolare regime di cui avrebbe goduto in passato la stessa SIMEST S.p.A.

Resiste all'appello la SIMEST S.p.A., deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e chiedendone in via principale il rigetto ovvero, in via subordinata, il rinvio pregiudiziale dell'affare alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'articolo 234 del Trattato CE, al fine di stabilire la compatibilità con la direttiva 92/50/CEE, ed in particolare con l'articolo 30, con l'allegato 1°, ctg. 6.b), nonché con i principi di proporzionalità e non discriminazione, una normativa nazionale che imponga, per la partecipazione alla gara per l'aggiudicazione del servizio di gestione di un fondo rotativo per conto della pubblica amministrazione, l'iscrizione nel registro dei soggetti svolgenti attività bancarie o degli intermediari finanziari abilitati all'esercizio dell'attività nei confronti del pubblico (dotati di particolari requisiti patrimoniali e organizzativi), escludendo i soggetti abilitati all'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria, ma non nei confronti del pubblico, allorquando, come nel caso di specie, il servizio oggetto di appalto consista in un'attività senza rischio per l'aggiudicatario, derivante dall'andamento dei crediti agevolati o di aiuto alla cooperazione con i paesi in via di sviluppo.

II. Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

II.1. Al fine di poter correttamente apprezzare le contrapposte tesi difensive, occorre accertare la natura e l'esatta consistenza dell'attività oggetto della gara in questione.

II.1.1. Come emerge dalla lettura del punto 3 del disciplinare di gara, versato in atti dalla società ricorrente in primo grado, l'oggetto del servizio da affidare concerneva: a) la gestione del fondo rotativo ex art. 26 della legge 227/1977 - sottoconti ex artt. 6 e 7 della L. 49/87: gestione dei crediti d'aiuto a favore dei Paesi in via di Sviluppo per progetti e programmi della cooperazione bilaterale italiana e dei crediti agevolati concessi alle imprese italiane per investimenti nei Paesi in via di Sviluppo; b) la gestione dei rientri dei crediti finanziari agevolati concessi al governo di Malta ai sensi delle leggi 384/88 e 101/92, relative all'attuazione dei Protocolli di collaborazione Italia - Malta.

L'allegato 1 al predetto disciplinare delinea compiutamente la predetta attività di gestione, precisando, innanzitutto, che il fondo rotativo si configura come "un conto corrente infruttifero accesso presso la Tesoreria Centrale dello Stato, del quale è titolare il Ministero dell'Economia e delle Finanze",

sottoposto a sorveglianza e controllo del suo utilizzo da parte del Dipartimento del Tesoro, attraverso la Direzione III, Ufficio XI.

Detto conto è stato istituito ai sensi dell'articolo 26 della legge n. 227 del 1977 per la concessione di crediti agevolati a favore dei Paesi in via di Sviluppo nel quadro della cooperazione italiana bilaterale di cui è responsabile il Ministero per gli Affari Esteri: l'articolo 6 della legge n. 49 del 1987 ha disciplinato l'uso dei crediti agevolati o d'aiuto che possono essere concessi a valere sulle risorse del Fondo per finanziare specifici progetti e programmi di cooperazione bilaterale, mentre il successivo articolo 7 riguarda i crediti agevolati alle imprese italiane per il finanziamento di parte della loro quota capitale in imprese miste realizzate nei Paesi in via di Sviluppo e rispondenti alle finalità di cooperazione allo sviluppo.

La gestione del sottoconto ex art. 6 (che, come risulta sempre dalla lettura dell'allegato 1 al disciplinare di gara, fino al 31 dicembre 2002 ha finanziato circa 400 progetti per un importo di circa 7,6 miliardi di euro riguardanti paesi dell'Africa, dell'Asia, dell'America Latina, del Mediterraneo e dei Balcani, con erogazioni per 6,9 miliardi di euro e prestiti per circa 4 miliardi di euro oltre e con disponibilità finanziaria, al netto degli impegni, pari a 830 milioni di euro) comprende: a) istruttoria delle pratiche; b) stipula della convenzione finanziaria tra il prestatore ed il Governo del paese beneficiario; c) erogazione del finanziamento agevolato, monitoraggio e cura dei rientri; d) contabilità e rendicontazione.

Per quanto attiene al sottoconto ex articolo 7 della predetta legge n. 49 del 1987 (che fino al 31 dicembre 2002 risulta aver erogato 60 prestiti per un ammontare complessivo di 82,4 milioni di euro, con crediti in essere ammontanti a 26,87 milioni di euro e disponibilità finanziarie pari a 80,5 milioni di euro), la sua gestione onera l'aggiudicatario delle seguenti attività: a) valutazione dell'affidabilità economico - finanziaria dell'impresa richiedente a seguito del positivo esame tecnico - economico della proposta di investimento effettuato dall'Unità Tecnica Centrale della Direzione Generale della Cooperazione allo Sviluppo del Ministero per gli Affari Esteri; b) l'istruttoria delle pratiche; c) l'erogazione del finanziamento agevolato, monitoraggio e cura dei rientri; d) contabilità e rendicontazione.

La gestione di entrambi i ricordati sottoconti è svolta dall'affidatario in stretta relazione con il Ministero dell'Economia e delle Finanze e con il Ministero per gli Affari Esteri e su loro (esclusivo) imput.

In ordine alla gestione dei rientri dei crediti agevolati concessi al governo di Malta, ai sensi delle leggi 384/88 e 101/92, l'attività richiesta all'aggiudicatario consiste esclusivamente nella cura e rendicontazione dei crediti rimasti da recuperare, per un importo pari a 45 miliardi di lire (essendo state tutte erogate le somme stanziare per l'attuazione del secondo e del terzo protocollo di collaborazione italo - maltese, approvati con le ricordate leggi n. 394 del 1988 e n. 101 del 1992).

II.1.2. In definitiva, l'attività concretamente richiesta all'aggiudicatario consiste sostanzialmente in una accurata attività tecnico - contabile di istruttoria delle pratiche, di erogazione del finanziamento agevolato, di monitoraggio e di cura dei rientri, nonché di contabilità ed di rendicontazione, per quel che attiene ai sottoconti di cui agli articoli 6 e 7; nonché nella valutazione dell'affidabilità economico - finanziaria dell'impresa richiedente, a seguito del positivo esame tecnico - economico della proposta di investimento effettuato dall'Unità Tecnica Centrale della Direzione Generale della Cooperazione allo Sviluppo del Ministero per gli Affari Esteri, quanto al sottoconto ex articolo 7, ed infine nella cura e rendicontazione dei rientri dei crediti rimasti ancora da recuperare per quanto attiene alla gestione dei rientri dei crediti finanziari agevolati concessi dal governo di Malta ai sensi delle leggi n. 384 del 1988 e n. 101 del 1992.

Orbene, pur a non voler considerare l'aggiudicatario un mero ufficio (esecutivo) del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Ministero per gli Affari Esteri, su esclusivo imput dei quali esso può legittimamente espletare la delineata attività di gestione dei predetti fondi, e volendo, quindi, valorizzare, in particolare, le sue specifiche ed elevate capacità tecnico - gestionali, con particolare riguardo alla valutazione dell'affidabilità economico - finanziaria del soggetto proponente l'investimento (relativamente ai fondi di cui al sottoconto ex articolo 7), nonché alla cura e rendicontazione dei finanziamenti agevolati, al loro monitoraggio e alla cura dei rientri, deve ragionevolmente escludersi che

le attività in questione possano in qualche modo rientrare nell'ambito dell'attività bancaria in senso stretto, così come sancita dall'articolo 10 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, quale "raccolta di risparmio tra il pubblico" ed "esercizio del credito".

Infatti, oltre ad essere del tutto assente l'attività di raccolta di risparmio tra il pubblico, risulta altresì mancante la specifica attività di esercizio del credito: infatti, come si evince dal ricordato disciplinare di gare (e come del resto si desume anche dagli articoli 2, 6 e 7 della legge 26 febbraio 1987, n. 49), le somme erogate a titolo di crediti agevolati (crediti di aiuto) ai governi dei Paesi in via di Sviluppo (sottoconto ex articolo 6) ovvero a titolo di crediti agevolati alle imprese italiane per il finanziamento di parte della loro quota di capitale in imprese miste realizzate nei Paesi in via di Sviluppo (sottoconto ex articolo 7) non appartengono all'aggiudicatario, ma sono esclusivamente fondi pubblici (stanziati su base triennale nella legge finanziaria, ex articolo 2, comma 2 della predetta legge 26 febbraio 1987, n. 49, e la cui concreta concessione, originariamente attraverso il Mediocredito centrale, poi attraverso la SIMEST S.p.A. e quindi attraverso l'aggiudicatario, era autorizzata dal Ministro dell'Economia e delle Finanze su proposta del Ministro per gli Affari Esteri), rimanendo escluso qualsiasi rischio di impresa (proprio dell'attività bancaria, articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385) in capo all'aggiudicatario del servizio.

In sostanza, pur ammettendo una piena autonomia dell'aggiudicatario del servizio nella valutazione degli aspetti tecnico - economici delle richieste di crediti di aiuto (in favore dei Governi dei Paesi in via di Sviluppo ovvero delle imprese italiane per la loro partecipazione a imprese miste nei Paesi in via di Sviluppo), deve rilevarsi che non solo l'erogazione dei relativi fondi non rientra nell'autonomia e nella disponibilità dell'aggiudicatario del servizio (essendo in ogni caso necessario l'autorizzazione dell'amministrazione statale all'erogazione che postula, necessariamente, l'approvazione, sempre da parte dell'amministrazione statale, dell'istruttoria svolta dall'aggiudicatario del servizio), per quanto le somme effettivamente erogate sono esclusivamente risorse pubbliche.

II.2. La delineata natura non bancaria del servizio oggetto della gara in questione e l'impossibilità di configurare l'attività stessa come esercizio nei confronti del pubblico di attività di concessione di finanziamenti rende evidentemente contraria alla logica ed alla ragionevolezza la previsione di cui al punto 4.a.) del bando di gara, nella parte in cui possa essere intesa come riserva di partecipazione alla gara in favore delle banche iscritte nell'elenco di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e degli intermediari finanziari iscritti negli elenchi speciali di cui all'articolo 107 dello stesso decreto legislativo.

Sotto tale profilo, quindi, è infondato il primo motivo di appello formulato dall'amministrazione appellante, del tutto erroneo essendo il richiamo all'articolo 47 del testo unico bancario, approvato con decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385.

Invero tale norma, prevedendo che siano regolati da apposito contratto tra la competente amministrazione pubblica e la banca, l'attività di erogazione di finanziamenti o di prestazioni di servizi previsti da vigenti leggi di agevolazione (comma 1) ovvero l'assegnazione e la gestione di fondi pubblici di agevolazione creditizia previsti da leggi vigenti e la prestazione di servizi ad essi inerenti (comma 2), postula la piena autonomia gestionale e la conseguente piena responsabilità anche nei confronti del pubblico dell'attività dell'impresa bancaria, che, come tale, assume anche tutti i rischi della sua attività, circostanze - queste - che, come si è avuto modo di rilevare sono del tutto assenti nei confronti dell'aggiudicatario sia in ordine alla "gestione" dei sottoconti ex articolo 6 e 7 della legge n. 49 del 1987 ed a maggior ragione in ordine alla "gestione" dei rienti dei crediti agevolati concessi al governo di Malta, ai sensi della legge n. 384 del 1988 e n. 101 del 1992, consistente esclusivamente nella cura e rendicontazione di crediti da recuperare: ciò senza contare che, ad avviso della Sezione, la specialità dei fondi di cui agli articoli 6 e 7 della legge n. 49 del 1987 (e di quelli oggetto delle ricordate leggi n. 384 del 1988 e n. 101 del 1992) non ne consente l'assimilazione ai finanziamenti e ai fondi pubblici di agevolazione creditizia, cui fanno riferimento i commi 1 e 2 del ricordato articolo 47 del testo unico bancario.

Alla luce di tali osservazioni, deve essere anche ritenuta irrilevante la questione di interpretazione pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 234 del Trattato CE, sollevata dall'appellato circa la compatibilità delle norme comunitarie con la normativa nazionale che riservi un servizio, come quello oggetto di gara,

alle banche ovvero agli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del testo unico bancario, per la decisiva ragione che, come si è visto, una tale riserva non sussiste e la relativa previsione del bando, se intesa come riserva, è illegittima.

II.4. Deve essere esaminato il secondo motivo di gravame, con il quale l'Amministrazione appellante ha sostenuto che in ogni caso, cioè indipendentemente, dall'esistenza di una riserva di partecipazione alla gara in oggetto in favore delle banche iscritte nell'elenco di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, ovvero degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 dello stesso decreto legislativo, la pubblica amministrazione è titolare di un ampio potere discrezionale di fissare i requisiti di partecipazione ad una gara, così che la contestata previsione di cui al punto 4.a) del bando di concorso costituirebbe puntuale applicazione di tale potere. Il motivo è fondato.

II.4.1. Osserva al riguardo la Sezione che la previsione di cui al punto 4.a.) del bando di concorso ben può essere interpretata non già come fissazione di una riserva di partecipazione alla gara in favore di determinati soggetti ivi indicata, bensì come puntuale individuazione di particolari e stringenti requisiti di partecipazione alla gara in funzione dell'oggetto di quest'ultima e della garanzia dell'effettivo, corretto ed adeguato svolgimento del servizio che solo alcuni soggetti, in ragione della loro obiettiva capacità professionale (tecnica, organizzativa e finanziaria) sono in grado di assicurare all'amministrazione appaltante.

Al riguardo, il fatto che il servizio oggetto di gara non abbia natura bancaria e non costituisca neppure, come precedentemente delineato, esercizio nei confronti del pubblico di attività di concessione di finanziamenti in senso stretto, non fa venir meno l'importanza e la delicatezza del servizio stesso e non esclude, quindi, la necessità che esso sia svolto da soggetti che abbiano sicure capacità tecnico - amministrative, non solo nella fase di istruttoria delle richieste di crediti di aiuto, ma anche nella parte, squisitamente contabile, di valutazione dell'affidabilità del progetto, di cura e di rendicontazione degli aiuti e dei relativi rientri.

Il fatto, poi, che l'aggiudicatario del servizio in questione debba svolgere, come visto, la sua attività esclusivamente su imput del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Ministero per gli Affari Esteri non contraddice la previsione di un così elevato standard di requisiti professionali in capo ai partecipanti, ma anzi ne costituisce implicita conferma, nel senso che la scelta di affidare in appalto il servizio stesso è frutto della evidente impossibilità, da parte della pubblica amministrazione (in coerente applicazione dei corollari di adeguatezza, speditezza ed economicità dell'azione amministrativa, conseguenti ai principi costituzionale di imparzialità e buon andamento), di potere assumere direttamente personale dotato della specifica capacità professionale analoga a quella posseduta dal personale delle imprese bancarie e degli intermediari finanziari, iscritti nell'albo speciale di cui all'articolo 107 del testo unico bancario), quotidianamente ed esclusivamente addetti a tali delicate attività tecnico - finanziarie.

Sotto tale profilo la scelta da parte dell'Amministrazione appaltante di richiedere ai partecipanti particolari requisiti di partecipazione, tali da consentire la partecipazione alla gara soltanto alle banche e agli intermediari finanziari, iscritti nell'elenco speciale, per la peculiarità delle attività obiettivamente svolte e per l'affidabilità che essi assicurano (anche dal punto di vista delle eventuali garanzie patrimoniali che sono in grado di offrire), non appare illogica, contraddittoria o irragionevole e sfugge, sotto tale profilo, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, impinguendo nel merito dell'azione amministrativa.

A tal fine è utile ricordare che il potere così attribuito all'amministrazione costituisce concreta esplicazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento stabiliti dall'articolo 95 della Costituzione: la giurisprudenza, d'altra parte, ha avuto più volte modo di ribadire che la fissazione da parte dell'amministrazione appaltante di requisiti di partecipazione ad una gara, più elevati e più stringenti di quelli (minimi) stabiliti direttamente dalla legge, deve essere considerata legittima quando tali (più stringenti) requisiti non siano *ictu oculi* irragionevoli o illogici o contraddittori in relazione all'oggetto della gara stessa (condizioni che nel caso di specie non sussistono).

II.5. E' appena il caso di rilevare, per completezza, che nessun rilievo, ai fini dell'ammissibilità alla gara ovvero al fine di far riscontare l'eventuale illogicità o irragionevolezza dei requisiti di partecipazione

alla gara in oggetto, può essere riconosciuta alla mera circostanza di fatto che la SIMEST S.p.A. aveva svolto l'attività di gestione dei fondi rotativi.

III. In conclusione, alla stregua della considerazioni fin qui svolte, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado dalla SIMEST S.P.A.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio (già compensate in primo grado).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello proposto dal Ministero dell'economia e delle finanze avverso la sentenza n. 9852 del 12 novembre 2003 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. III, così provvede:

- Accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado;

- Dichiarà compensate le spese del presente grado di giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 23 marzo 2004, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

VENTURINI LUCIO	- Presidente
SALVATORE COSTANTINO	- Consigliere
SCOLA ALDO	- Consigliere
POLI VITO	- Consigliere
SALTELLI CARLO	- Consigliere est.
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli	Lucio Venturini
IL SEGRETARIO	
Rosario Giorgio Carnabuci	

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

19 luglio 2004

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Giuseppe Testa

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)