

In tema di (im)possibilità per una partecipante ad una procedura ad evidenza pubblica a ricorrere alla *lex specialis* di gara dopo aver partecipato senza che si possa invocare l'istituto dell'acquiescenza alle norme di gara, ancorché illegittime (verifica dei curriculum in sede di offerta): per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, la distinzione tra criteri di idoneità, ovvero di "selezione dell'offerente", e criteri di aggiudicazione e quindi di "selezione dell'offerta" è rigorosa.

Va confermata la sentenza di primo grado che ha accolto il primo motivo di ricorso dei ricorrenti, concernente l'illegittimità del disciplinare di gara e, conseguente, dell'aggiudicazione, in quanto il curriculum di ciascuno dei concorrenti, e quindi dei singoli componenti di un raggruppamento offerente, non avrebbe dovuto essere valutato in relazione all'offerta e non avrebbe dovuto perciò avere alcun peso in ordine alla redazione della graduatoria, contrastando ciò con le indicazioni dell'art.83 del Codice degli appalti e con quelle dell'art.53 della direttiva 2004\18\CE, che per l'aggiudicazione col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa ammettono la valutazione solo secondo criteri legati alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto e non relativi alla capacità del prestatore, quale il curriculum. ?

la partecipazione alla gara non implica alcuna accettazione ed inoppugnabilità di clausole della *lex specialis* regolanti la procedura, in ipotesi illegittime fino a che, in relazione al concreto esito della procedura di gara stessa, non si riveli che quella specifica disposizione, configurante un criterio di aggiudicazione, abbia avuto un'applicazione sfavorevole e svantaggiosa per il partecipante, insorgendo l'interesse alla contestazione solo in base alla conoscenza di tale esito; quest'ultimo soltanto attualizza, ai fini della sua impugnabilità, la lesività concreta della disposizione censurata, in guisa tale che, anteriormente alla conclusione (sfavorevole) della gara, non può configurarsi alcun interesse alla contestazione e nessuna ragionevole prognosi di acquiescenza alla clausola illegittima. _ il Consiglio di Stato ritiene di aderire alla tesi del Tar in quanto <si può confutare quanto dedotto in appello, tenuto conto del fatto che anche laddove i curricula in questione concernessero esperienze professionali e indici di capacità tecnica eccedenti i requisiti di ammissione, come sostenuto dall'appello medesimo, essi sarebbero comunque contrari ai chiari criteri sopra enunziati. _ Quanto premesso, poi, rende conto di come la disposizione dell'art.64 del d.p.r. n.554\99 non solo non è idonea a costituire norma di principio, ove intesa nella sua intrinseca contrarietà alle disposizioni ed alle indicazioni della disciplina comunitaria, ma va anche interpretata conformemente ad esse. _ Ciò implica l'adesione, anche in questa sede, a quanto specificato dal Tar, in ordine al fatto che il riferimento al curriculum contenuto in tale norma, e la previsione per cui esso va inserito nell'offerta tecnica, non significano affatto che il curriculum debba essere valutato, e cioè destinatario di un punteggio, dal momento che il primo comma dell'art.64, al numero 3), fa rinvio, per quanto concerne il curriculum, al precedente art.63, comma 2, lett.c), che, semplicemente, impone la presentazione del curriculum dei professionisti che svolgeranno i servizi, al solo fine di dimostrare che anche questi professionisti sono in condizione di partecipare alla gara. >

merita di essere segnalata la decisione numero 6523 del 23 dicembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato ed in particolare il seguente passaggio:

<Le considerazioni così riassunte sono del tutto condivisibili, alla luce di quanto ampiamente esposto nella circolare da ultimo menzionata, alla cui interpretazione ritiene il Collegio di aderire. In particolare, quest'ultima ha ampiamente chiarito quanto segue "è stato constatato che in un numero considerevole di gare, segnatamente per l'attribuzione di appalti di servizi, gli elementi presi in considerazione come criteri di aggiudicazione si riferiscono piuttosto alla fase di selezione del prestatore.

Preso atto delle argomentazioni giuridiche poste a fondamento dei rilievi avanzati dalla Commissione europea ed allo scopo di prevenire l'apertura di procedure di infrazione da parte della

Commissione ed eventuali controversie giudiziarie davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, si indicano qui di seguito le regole comportamentali alle quali dovranno attenersi le stazioni appaltanti nella materia di cui all'oggetto, alla luce dei principi e delle norme del diritto comunitario.

In particolare, l'art. 44, comma 1, della direttiva 2004/18/CE, dispone che: «L'aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli artt. 53 e 55, tenuto conto dell'art. 24, previo accertamento dell'idoneità degli operatori economici non esclusi in forza degli artt. 45 e 46, effettuato dalle Amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze o alle capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 47 a 52 e, se del caso, alle norme e ai criteri non discriminatori di cui al paragrafo 3».

Per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, la distinzione tra criteri di idoneità, ovvero di "selezione dell'offerente", e criteri di aggiudicazione e quindi di "selezione dell'offerta" è rigorosa.

Benché non sia escluso che l'accertamento dell'idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto possano aver luogo simultaneamente, le due operazioni sono disciplinate da norme diverse.

L'accertamento dell'idoneità degli offerenti deve essere effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice in conformità ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli artt. da 47 a 52 della stessa direttiva. Lo scopo di questi articoli non è quello di limitare la competenza degli Stati membri a fissare il livello di capacità economica, finanziaria e tecnica richiesta dalla partecipazione alle varie gare d'appalto, bensì di stabilire quali sono le referenze probanti o i mezzi di prova che possono prodursi per dimostrare la capacità finanziaria, economica e tecnica dei fornitori.

Per quanto riguarda, invece, i criteri che possono essere utilizzati per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'art. 53 della direttiva 2004/18/CE stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere tra il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa. Quando l'aggiudicazione è a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possono essere utilizzati diversi criteri variabili, ma collegati sempre ed esclusivamente all'oggetto dell'appalto. La «scelta, in tal caso, è limitata e può riguardare soltanto i criteri effettivamente volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa e non quelli relativi alla capacità del prestatore» (Corte di Giustizia, sentenza 20 settembre 1988 in causa 31/87 Beentjes; sentenza 19 giugno 2003 in causa C-315/01 GAT).

Per quanto riguarda, in particolare, l'aggiudicazione degli appalti di servizi, si è posto il problema dell'utilizzo, ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di elementi attinenti all'esperienza o alla qualifica professionale e, in generale, alla capacità tecnica, economica o finanziaria del prestatore (es. curriculum, licenze o certificazioni di qualità ovvero servizi analoghi prestati in precedenza). Tali elementi, in quanto attinenti alla capacità del prestatore di eseguire i servizi oggetto dell'appalto, possono essere utilizzati unicamente ai fini della selezione dei concorrenti.

È nella fase di selezione, infatti, che l'amministrazione aggiudicatrice include i criteri che ritiene necessari al fine di accertare la capacità dell'offerente a provvedere al servizio in questione. Quindi, l'esperienza, la competenza, le referenze, i lavori già realizzati, le risorse disponibili sono elementi che possono essere utilizzati come criteri di selezione e non devono essere presi in considerazione nel momento di valutazione dell'offerta...

Pertanto, se l'aggiudicazione avviene in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si possono determinare la qualità ed il valore tecnico dell'offerta prendendo in considerazione elementi come il metodo e l'organizzazione del lavoro ovvero la composizione del team proposto per lo svolgimento del servizio. A questo stadio della procedura, invece, non è più possibile valutare elementi attinenti alla capacità dell'offerente ma solamente le modalità attraverso le quali il prestatore prevede di eseguire il servizio...

...Si ricorda che la Commissione europea è già più volte intervenuta nei confronti del Governo italiano, sottoponendo a vaglio critico il comportamento di alcune stazioni appaltanti che nel corso di procedure di evidenza pubblica per l'aggiudicazione di appalti hanno pubblicato avvisi di gara in palese contrasto con il diritto comunitario.

3.2. Le riportate considerazioni consentono di confutare quanto dedotto in appello, tenuto conto del fatto che anche laddove i curricula in questione concernessero esperienze professionali e indici di capacità tecnica eccedenti i requisiti di ammissione, come sostenuto dall'appello medesimo, essi sarebbero comunque contrari ai chiari criteri sopra enunciati.

Quanto premesso, poi, rende conto di come la disposizione dell'art.64 del d.p.r. n.554\99 non solo non è idonea a costituire norma di principio, ove intesa nella sua intrinseca contrarietà alle disposizioni ed alle indicazioni della disciplina comunitaria, ma va anche interpretata conformemente ad esse.>

A cura di Sonia Lazzini

N.6523/08
Reg.Dec.
N. 3962 Reg.Ric.
ANNO 2008
Disp.vo 656/2008

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Sezione Sesta
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da ASSOCIAZIONE STUDIO ALFA ARCHITETTI ASSOCIATI
costituita tra gli arch. Edoardo ALFA1, *****+

contro

gli architetti BETA *****, tutti non costituiti;

FONDAZIONE "VILLA PALAZZOLA" in persona del Presidente p.t. rappresentato e difeso dagli
avv.ti Mario Contaldi, Vittorio Barosio e Teodosio Pafundi ed elettivamente domiciliato in Roma
presso il primo via Pierluigi da Palestrina 63;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, Sez. I, n.450 del 20 marzo 2008;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Fondazione "Villa Palazzola";

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza dell'11 novembre 2008 relatore il Consigliere Luciano Barra Caracciolo.

Uditi l'avv. Buscaglino, l'avv. Pafundi e l'avv. Barosio;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con la sentenza in epigrafe il Tar del Piemonte ha accolto il ricorso proposto, da un gruppo di architetti partecipanti singolarmente, e altresì dichiaranti di volersi raggruppare in A.T.I., in relazione alla gara aperta per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria per il recupero del complesso immobiliare "Villa La Palazzola", diretto all'annullamento della deliberazione 2 ottobre 2007, n.6, del consiglio di amministrazione della Fondazione aggiudicatrice "Villa Palazzola", di aggiudicazione dell'appalto di servizi allo studio ALFA, Architetti Associati (nonché avverso la presupposta graduatoria del 24 luglio 2007, il bando di gara e gli allegati tecnici al medesimo, compreso il disciplinare di gara).

L'adito Tribunale riteneva infondato il ricorso incidentale proposto dal raggruppamento aggiudicatario. Quanto al ricorso principale affermava che il curriculum non avrebbe dovuto essere valutato in relazione all'offerta e non avrebbe dovuto perciò avere alcun peso in ordine alla redazione della graduatoria, contrastando ciò con le indicazioni dell'art.83 del Codice degli appalti e con quelle dell'art.53 della direttiva 2004\18\CE, che per l'aggiudicazione col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa ammettono la valutazione solo secondo criteri legati alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto e non relativi alla capacità del prestatore, qua'è il curriculum. Ciò era confermato anche dal d.p.r. 554\99, che l'Amministrazione aveva parimenti richiamato nel bando e nel disciplinare, che all'art.66 individua tra i requisiti "di partecipazione" gli elementi che sono solitamente inseriti in un curriculum. In contrario, non poteva valere l'art.64 stesso d.p.r., riferito peraltro all'affidamento di servizi di importo inferiore e non richiamato dall'Amministrazione, posto che il riferimento al curriculum in esso contenuto e la previsione per cui esso va inserito nell'offerta tecnica, non significava che lo stesso dovesse essere valutato, dal momento che il primo comma dell'art.64, al n.3), in tema di curriculum, fa rinvio al precedente art.63, comma 2, lett c), che solo impone la presentazione del curriculum dei professionisti che svolgeranno i servizi, al solo fine di dimostrare che sono in condizioni di partecipare alla gara. Ciò era esplicitamente confermato dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri 1 marzo 2007.

Appella il raggruppamento aggiudicatario deducendo i seguenti motivi:

a) Sul rigetto del ricorso incidentale- Travisamento di fatto; motivazione erronea e insufficiente. Violazione sotto diversi profili della lex specialis (bando-capitolato-scheda di intervento- disciplinare); violazione degli artt.37 e 90 del D.lgs.163\2006; violazione degli artt.66 e 95 del DPR 554\99. Omessa rilevazione di: carenza di istruttoria, illogicità, violazione del "giusto procedimento" nel contesto degli atti impugnati.

I. 1.1. Dall'art.66 d.p.r. 554\99 e dal punto g) del bando discendeva che ogni concorrente, singolo od associato, avrebbe dovuto indicare due servizi di punta (una coppia), nei quali avrebbero dovuto essere presenti contemporaneamente lavori appartenenti a tutte le classi e categorie di lavori cui si

riferiscono i servizi da affidare. L'esclusione della frazionabilità dei due servizi di cui al punto g), stabilita dal bando di gara al punto 13, implicava che essi non fossero frazionabili pro quota tra i componenti di un raggruppamento temporaneo, e che quantomeno uno dei componenti avrebbe dovuto presentare la sua coppia di servizi, indicando la presenza contemporanea di tutte le tipologie all'interno di ognuno dei servizi, mentre nessuno dei componenti del gruppo BETA ha dichiarato di aver progettato un lavoro comprensivo di più categorie, riferibile cioè a tutte le sette tipologie che avrebbero dovuto essere presenti in ogni coppia di progettazione.

1.2. Il Requisito non era frazionabile, e l'onere avrebbe dovuto gravare per intero su almeno uno dei componenti del gruppo. Ognuno dei componenti del gruppo BETA ha invece indicato lo svolgimento di servizi chi in una, chi in più tipologie, ma nessuno ha indicato da solo sette tipologie, distribuendo tra loro le diverse potenzialità senza che nessuno soddisfacesse il possesso del requisito per ciascuna classe e categoria. Il Tar ha travisato la portata della censura interpretandola come riferita al possesso di servizi di punta per tutte le classi e categorie in appalto per "ogni partecipante" al raggruppamento. L'assunto del Tar che almeno un partecipante al raggruppamento dovesse avere la coppia di servizi di punta in una classe o categoria non si concilia con la richiesta "non frazionabilità" del requisito.

II. Il requisito di cui al punto f) del bando, derivato dall'art.66, comma 1, lett. b), del d.p.r. 554/99, come integrato dalla pag.4 della "scheda di intervento", richiedeva di dichiarare l'importo dei lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie in misura non inferiore a 3,0 volte gli importi relativi alle singole classi e categorie. Stante la frazionabilità del requisito e la necessità che i requisiti facessero capo in misura non inferiore al 60% al soggetto capogruppo (ai sensi dell'art.65, ult.co., d.p.r.554/99), quest'ultimo doveva possedere il requisito in tale misura minima. Contrariamente a quanto ritenuto sul punto dal Tar, anche se nel bando per i requisiti richiesti al capogruppo non è letteralmente utilizzata l'espressione "in misura minima", è più sensato ritenere che i requisiti dovevano essere posseduti dal capogruppo in misura maggioritaria, pari almeno e non superiore al 60%. La prescrizione del possesso di una misura minima di requisiti in capo al capogruppo deriva da norme generali (art.90, comma 1, lett.g), D.lgs.163/2006 rinviante all'art 37, comma 3, stesso D.lgs.che a sua volta rinvia al regolamento in mancanza attuale del quale si applica il d.p.r. 554/99 ai sensi dell'art.253, comma 3, D.lgs. stesso). Nella fattispecie il capogruppo ha dichiarato l'importo dei lavori svolti ma solo in classe I\ d e I, nulla per le altre classi, onde non possedeva il requisito in misura maggioritaria né al 40% né al 60%, come prescritto dal bando.

III. Il gruppo BETA ha presentato in forma incompleta quanto previsto come contenuto della busta B-Offerta tecnica, quale prescritta dal disciplinare di gara. Nel documento grafico-fotografico del gruppo ricorrente manca l'indicazione della classi e categorie esposte nella scheda di intervento all.A richiamata dal disciplinare, manca l'indicazione del progettista, degli importi, dei periodi esatti di svolgimento dei lavori, manca l'indicazione della eventuale collaborazione di più soggetti e in qual misura.

Che, come afferma il Tar sul punto, fosse possibile collegare l'elaborato grafico in questione e il contenuto delle schede G e H, è errato, non l'afferma neanche il gruppo ricorrente, e comunque nel documento manca ovunque l'indicazione degli autori delle progettazioni, in modo che la ricerca dei collegamenti con le dette schede ha esito opinabile.

IV. Il gruppo BETA ha presentato il curriculum non per "ciascuno" dei professionisti costituenti la struttura operativa e comunque senza rispettare gli allegati G e H del d.p.r. 554/99, come invece prescritto dal bando in tema di "busta B-offerta tecnica", a pena di esclusione. Il Tar sul punto ha respinto il motivo incorrendo in contraddizioni e difetto di motivazione.

b) Sull'accoglimento del ricorso principale.- Violazione di legge con riferimento al bando e agli atti di gara ed agli artt. 83, 90, 91 e 92 del D.lgs.163\2006 ed agli artt.64, 65, 66 e 69 d.p.r. 554\99; travisamento dei fatti, contraddittorietà, difetto di motivazione, illogicità.

a. Il gruppo ALFA aveva eccepito che il gruppo ricorrente aveva prestato acquiescenza alle regole di gara (per cui i curricula erano valutabili per l'aggiudicazione in base al dovuto inserimento delle schede G e H nella "busta B offerta tecnica" e sarebbero state oggetto della valutazione della professionalità e del merito tecnico) e non poteva in seguito contestarle solo perché l'esito della gara non gli è stato favorevole, risultando ciò contrario alla consequenzialità di comportamento imposta dal principio di buona fede che grava anche sul privato nel procedimento amministrativo.

Sul punto il Tar è incorso in omesso esame e incongruenza, perché l'eventuale acquiescenza del ricorrente, determinerebbe la carenza di legittimazione e/o di interesse riguardo all'eliminazione del provvedimento lesivo e all'eventuale attività rinnovatoria.

b. Nel merito il ricorso principale era comunque infondato.

Le schede G e H previste dal d.p.r. 554\99 erano destinate a dimostrare la qualificazione specifica dei diversi componenti del gruppo di lavoro, previsti in numero variabile da 6 a 12, per qualificazione diversa ed aggiuntiva rispetto a quella richiesta ai fini dell'ammissione. Una composizione particolarmente qualificata o particolarmente numerosa, quindi più idonea a fronteggiare le evenienze o particolari problemi tecnici, era preferibile ad una composizione "minimale", da qui la naturale previsione di attribuire preferenza in limiti contenuti (15 p. su 100), ai gruppi meglio assortiti e qualificati. L'art.64 del d.p.r. 554\99 ha previsto l'inserimento delle schede curriculari G e H nell'offerta tecnica; la norma è tecnicamente riferita alle gare "sotto soglia", ma l'elemento rilevante è il principio desumibile dalla norma, valido anche per le gare di importo superiore, per cui è valorizzabile ai fini del punteggio anche l'affidabilità del soggetto, apprezzata in base a caratteristiche soggettive, come ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa ed anche comunitaria. Nella fattispecie, poi, gli elementi riferibili alle pregresse esperienze dei partecipanti alla gara costituivano un presupposto, legittimamente differenziato agli effetti dell'assegnazione del punteggio, diverso ed ulteriore rispetto ai requisiti di ammissione, per cui non vi è stata una duplicazione di valutazioni.

Si è costituita la Fondazione Villa Palazzola assumendo una posizione favorevole all'accoglimento dell'appello.

Nessuno si è costituito per gli originari ricorrenti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Per completezza di esposizione e per opportuna conoscenza da parte dell'amministrazione aggiudicatrice dei limiti di legittimità del suo operato, si affronterà preliminarmente l'appello avverso le statuizioni di accoglimento nel merito del ricorso principale di primo grado.

2. Va anzitutto respinta l'eccezione di originaria inammissibilità del ricorso principale medesimo, riproposta in via di censura dall'appellante, in relazione ad una presunta acquiescenza degli originari ricorrenti derivante dalla loro partecipazione alla gara senza contestazione della prevista valutabilità del curriculum all'interno della offerta tecnica, con conseguente preclusione a dedurre l'illegittimità di tale criterio in esito alla non conseguita aggiudicazione.

L'eccezione va disattesa in quanto la partecipazione alla gara non implica alcuna accettazione ed inoppugnabilità di clausole della lex specialis regolanti la procedura, in ipotesi illegittime fino a che, in relazione al concreto esito della procedura di gara stessa, non si riveli che quella specifica disposizione,

configurante un criterio di aggiudicazione, abbia avuto un'applicazione sfavorevole e svantaggiosa per il partecipante, insorgendo l'interesse alla contestazione solo in base alla conoscenza di tale esito; quest'ultimo soltanto attualizza, ai fini della sua impugnabilità, la lesività concreta della disposizione censurata, in guisa tale che, anteriormente alla conclusione (sfavorevole) della gara, non può configurarsi alcun interesse alla contestazione e nessuna ragionevole prognosi di acquiescenza alla clausola illegittima.

3. Il giudice di prime cure ha accolto il primo motivo di ricorso dei detti ricorrenti, concernente l'illegittimità del disciplinare di gara e, conseguente, dell'aggiudicazione, in quanto il curriculum di ciascuno dei concorrenti, e quindi dei singoli componenti di un raggruppamento offerente, non avrebbe dovuto essere valutato in relazione all'offerta e non avrebbe dovuto perciò avere alcun peso in ordine alla redazione della graduatoria, contrastando ciò con le indicazioni dell'art.83 del Codice degli appalti e con quelle dell'art.53 della direttiva 2004/18/CE, che per l'aggiudicazione col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa ammettono la valutazione solo secondo criteri legati alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto e non relativi alla capacità del prestatore, quale il curriculum.

Ciò era confermato anche dal d.p.r. n.554/99, che l'Amministrazione aveva parimenti richiamato nel bando e nel disciplinare, che, all'art.66, individua tra i requisiti "di partecipazione" gli elementi che sono solitamente inseriti in un curriculum. In contrario, non poteva valere l'art.64 stesso d.p.r., riferito peraltro all'affidamento di servizi di importo inferiore e non richiamato dall'Amministrazione, posto che il riferimento al curriculum in esso contenuto e la previsione per cui esso va inserito nell'offerta tecnica, non significava che lo stesso dovesse essere valutato, dal momento che il primo comma dell'art.64, al n.3), in tema di curriculum, fa rinvio al precedente art.63, comma 2, lett c), che impone esclusivamente la presentazione del curriculum dei professionisti che svolgeranno i servizi, al solo fine di dimostrare che sono in condizioni di partecipare alla gara. Ciò era stato esplicitamente confermato dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri 1 marzo 2007.

3.1. Le considerazioni così riassunte sono del tutto condivisibili, alla luce di quanto ampiamente esposto nella circolare da ultimo menzionata, alla cui interpretazione ritiene il Collegio di aderire. In particolare, quest'ultima ha ampiamente chiarito quanto segue "è stato constatato che in un numero considerevole di gare, segnatamente per l'attribuzione di appalti di servizi, gli elementi presi in considerazione come criteri di aggiudicazione si riferiscono piuttosto alla fase di selezione del prestatore.

Preso atto delle argomentazioni giuridiche poste a fondamento dei rilievi avanzati dalla Commissione europea ed allo scopo di prevenire l'apertura di procedure di infrazione da parte della Commissione ed eventuali controversie giudiziarie davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, si indicano qui di seguito le regole comportamentali alle quali dovranno attenersi le stazioni appaltanti nella materia di cui all'oggetto, alla luce dei principi e delle norme del diritto comunitario.

In particolare, l'art. 44, comma 1, della direttiva 2004/18/CE, dispone che: «L'aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli artt. 53 e 55, tenuto conto dell'art. 24, previo accertamento dell'idoneità degli operatori economici non esclusi in forza degli artt. 45 e 46, effettuato dalle Amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze o alle capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 47 a 52 e, se del caso, alle norme e ai criteri non discriminatori di cui al paragrafo 3».

Per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, la distinzione tra criteri di idoneità, ovvero di "selezione dell'offerente", e criteri di aggiudicazione e quindi di "selezione dell'offerta" è rigorosa.

Benché non sia escluso che l'accertamento dell'idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto possano aver luogo simultaneamente, le due operazioni sono disciplinate da norme diverse.

L'accertamento dell'idoneità degli offerenti deve essere effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice in conformità ai criteri di capacità economica, finanziaria e tecnica di cui agli artt. da 47 a 52 della stessa direttiva. Lo scopo di questi articoli non è quello di limitare la competenza degli Stati membri a fissare il livello di capacità economica, finanziaria e tecnica richiesta dalla partecipazione alle varie gare d'appalto, bensì di stabilire quali sono le referenze probanti o i mezzi di prova che possono prodursi per dimostrare la capacità finanziaria, economica e tecnica dei fornitori.

Per quanto riguarda, invece, i criteri che possono essere utilizzati per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'art. 53 della direttiva 2004/18/CE stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere tra il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa. Quando l'aggiudicazione è a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possono essere utilizzati diversi criteri variabili, ma collegati sempre ed esclusivamente all'oggetto dell'appalto. La «scelta, in tal caso, è limitata e può riguardare soltanto i criteri effettivamente volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa e non quelli relativi alla capacità del prestatore» (Corte di Giustizia, sentenza 20 settembre 1988 in causa 31/87 Beentjes; sentenza 19 giugno 2003 in causa C-315/01 GAT).

Per quanto riguarda, in particolare, l'aggiudicazione degli appalti di servizi, si è posto il problema dell'utilizzo, ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di elementi attinenti all'esperienza o alla qualifica professionale e, in generale, alla capacità tecnica, economica o finanziaria del prestatore (es. curriculum, licenze o certificazioni di qualità ovvero servizi analoghi prestati in precedenza). Tali elementi, in quanto attinenti alla capacità del prestatore di eseguire i servizi oggetto dell'appalto, possono essere utilizzati unicamente ai fini della selezione dei concorrenti.

È nella fase di selezione, infatti, che l'amministrazione aggiudicatrice include i criteri che ritiene necessari al fine di accertare la capacità dell'offerente a provvedere al servizio in questione. Quindi, l'esperienza, la competenza, le referenze, i lavori già realizzati, le risorse disponibili sono elementi che possono essere utilizzati come criteri di selezione e non devono essere presi in considerazione nel momento di valutazione dell'offerta...

Pertanto, se l'aggiudicazione avviene in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si possono determinare la qualità ed il valore tecnico dell'offerta prendendo in considerazione elementi come il metodo e l'organizzazione del lavoro ovvero la composizione del team proposto per lo svolgimento del servizio. A questo stadio della procedura, invece, non è più possibile valutare elementi attinenti alla capacità dell'offerente ma solamente le modalità attraverso le quali il prestatore prevede di eseguire il servizio...

...Si ricorda che la Commissione europea è già più volte intervenuta nei confronti del Governo italiano, sottoponendo a vaglio critico il comportamento di alcune stazioni appaltanti che nel corso di procedure di evidenza pubblica per l'aggiudicazione di appalti hanno pubblicato avvisi di gara in palese contrasto con il diritto comunitario.

3.2. Le riportate considerazioni consentono di confutare quanto dedotto in appello, tenuto conto del fatto che anche laddove i curricula in questione concernessero esperienze professionali e indici di capacità tecnica eccedenti i requisiti di ammissione, come sostenuto dall'appello medesimo, essi sarebbero comunque contrari ai chiari criteri sopra enunziati.

Quanto premesso, poi, rende conto di come la disposizione dell'art.64 del d.p.r. n.554\99 non solo non è idonea a costituire norma di principio, ove intesa nella sua intrinseca contrarietà alle disposizioni ed alle indicazioni della disciplina comunitaria, ma va anche interpretata conformemente ad esse.

3.3. Ciò implica l'adesione, anche in questa sede, a quanto specificato dal Tar, in ordine al fatto che il riferimento al curriculum contenuto in tale norma, e la previsione per cui esso va inserito nell'offerta tecnica, non significano affatto che il curriculum debba essere valutato, e cioè destinatario di un punteggio, dal momento che il primo comma dell'art.64, al numero 3), fa rinvio, per quanto concerne il curriculum, al precedente art.63, comma 2, lett.c), che, semplicemente, impone la presentazione del curriculum dei professionisti che svolgeranno i servizi, al solo fine di dimostrare che anche questi professionisti sono in condizione di partecipare alla gara. Tra l'altro queste specifici rilievi non sono stati oggetto di puntuali censure da parte dell'appellante.

Tale interpretazione, in ogni modo, è quella da ritenere compatibile con i principi comunitari e come tale preferibile a quella suggerita dall'appellante, consentendo di proseguire l'applicazione della norma stessa senza prefigurare un impedimento derivante dalla contrarietà alla disciplina comunitaria prevalente.

4. L'esame dell'appello va dunque portato sulle censure alla reiezione del ricorso incidentale pronunciata in primo grado, derivando, da un eventuale diversa decisione di accoglimento di tale ricorso incidentale, il travolgimento della statuizione favorevole relativa al ricorso principale di primo grado.

Il punto 13, lettera n), pagg.4 e 5, del bando prevedeva che “in caso di raggruppamento temporaneo i requisiti di cui alle lettere e), f) ed h), dovranno essere posseduti dal raggruppamento nel suo complesso e far capo in misura non superiore al 60% al soggetto capogruppo. La restante percentuale dovrà essere posseduta cumulativamente dal\ dai mandante\ i, fermo restando che il suddetto raggruppamento dovrà soddisfare la totalità di quanto richiesto. I due servizi richiesti ai sensi della lettera g) del presente punto non sono frazionabili; per ciascuna classe e categoria di cui alla “scheda di intervento” allegato A, i suddetti servizi devono essere posseduti da un unico componente il raggruppamento”.

4.1. Il requisito di cui al punto 13, lett. g) del bando, primo dei punti di contestazione sollevati in appello, coincide con quello stabilito dall'art.66, comma 1, lettera c) del d.p.r.n.554\99, (con riferimento a quanto disposto dalla succitata scheda di intervento allegato A) e consisteva ne “l'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di cui all'art.50, relativi ai lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo totale non inferiore al valore complessivo tra 0,40 e 0,80 volte l'importo dei lavori da progettare” (lettera c) citata).

Il complesso delle previsioni di bando così individuate, per l'appellante, prevedeva dunque che, per tali servizi c.d. “di punta” - cioè specificamente riferibili agli esatti servizi da affidare, considerati nella loro interezza, tenuto conto della esplicita “non frazionabilità”, (intesa come non ripartibilità pro quota tra i componenti di un raggruppamento temporaneo, come nel caso degli originari ricorrenti)-, quantomeno uno dei componenti del raggruppamento avrebbe dovuto possedere il pregresso svolgimento di una “coppia” di servizi, includenti la presenza contemporanea di tutte le classi e categorie dei lavori a cui si riferivano i servizi da affidare.

4.2. Ma tale deduzione va respinta, dovendosi concordare con quella profilata dalla sentenza impugnata, per cui, piuttosto, era sufficiente che “un unico componente il raggruppamento” possedesse la coppia di servizi di punta riferita almeno ad una delle classi o categorie di lavori cui si riferivano i servizi da affidare e purchè il raggruppamento, nel suo complesso, possedesse, in base a quanto dichiarato da tutti i componenti, i due servizi di punta in tutte le classi e categorie richieste.

La non frazionabilità richiesta dal bando non va dunque riferita ad “un unico componente”, posto che la clausola di cui al punto 13, lettera n), ultima parte assume un senso compiuto, con riferimento al requisito di cui alla lettera g), se letta unitamente al testo dell’art.66, lettera c) citato, e dunque la non frazionabilità va riferita “all’importo” dei due servizi appartenenti “ad ognuna” delle classi o categorie in rilievo, servizi che, almeno un componente (per ciascuna classe e categoria), deve indicare, appunto, in misura “non inferiore ad un valore compreso fra lo 0,40 e 0,80 volte l’importo stimato dei lavori da progettare” (profilo quest’ultimo non posto in contestazione con i motivi di appello in esame).

5. Va ora esaminata la censura d’appello relativa al punto 13, lettera f) del bando, corrispondente all’art.66, comma 1, lettera b), del citato d.p.r. 554\99 (“avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni di servizi di cui all’articolo 50, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo globale per ogni classe e categoria variabile tra 2 e 4 volte l’importo stimato dei lavori da progettare”). Il punto f) poneva il moltiplicatore in questione in 3,0.

Questo requisito era “frazionabile” tra i componenti del raggruppamento, nel senso che emergerà in seguito; sostiene infatti l’appellante che anche se nel bando, per quanto richiesto al capogruppo, cioè per il possesso dei requisiti al 60% dell’importo dei servizi da affidare, non è utilizzata l’espressione “in misura minima”, sarebbe illogico ascrivere alla lettera n) sopracitata il significato che i requisiti dovranno far capo sì al capogruppo, ma intendendo con ciò che sia stabilito un divieto, per lo stesso, di superare un “tetto massimo”.

In effetti, il punto 13, lettera n) ed il citato testo dell’art.66 lett.b) consentono di condividere quanto sostenuto in appello, cioè che i requisiti dovevano essere posseduti dal capogruppo in misura maggioritaria, pari almeno e non in misura superiore, al 60%. Ciò in conformità ad un’interpretazione che tenga conto del complessivo significato delle disposizioni richiamate, cioè dell’art.66 citato, e quindi avuto riguardo, anche, alla previsione dell’art.65 del d.p.r. n.554 del 1999, pur se non richiamata, di cui la lettera n) del bando, peraltro, è sostanzialmente riprodotta.

L’interpretazione più conforme al dettato della norma “riprodotta” - che prevede la facoltà, appunto, di imporre al capogruppo una misura “significativa” di possesso dei requisiti finanziari e tecnici, nella misura massima del 60% (art.65, comma 4, cit.)- è quella che procede dal riconoscimento di una ratio obiettiva volta alla richiesta di un requisito “rafforzato” di qualificazione del capogruppo.

Tale premessa ermeneutica suggerisce di preferire che il senso del combinato disposto della lettera f) e della lettera n), del punto 13 del bando in questione, sia quello per cui i requisiti di cui alla lettera b) del comma 1 dell’art.66 del d.p.r. n.554\99, debbano essere posseduti dal capogruppo in misura maggioritaria, cioè non con la semplice previsione di un “tetto massimo” (sostanzialmente privo di senso), ma, piuttosto, in misura almeno pari e non superiore al 60%.

L’imprecisione del bando sul punto deriva obiettivamente dalla incompleta riproduzione del testo dell’art.65 comma 4, lett.b) d.p.r. n.554\99, incompletezza che non esclude di ricostruire l’effettiva volontà della stazione appaltante, risultando obiettivamente la volontà di prescrivere per il capogruppo il possesso dei requisiti in una misura minima –non inferiore al 60%- dell’importo dei precedenti servizi espletati; tale misura, infatti, nel contesto delle previsioni del bando, emerge come attributiva di un effettivo ruolo qualificante a tale figura, ai fini dell’affidabilità complessiva del raggruppamento.

Ne risulta perciò preferibile ritenere che la facoltà prescrittiva in tal senso prevista dallo stesso art.65, obiettivamente richiamato per implicito dal punto 13, lett.n) nella sua piena portata normativa, contrariamente a quanto assunto dal Tar, sia stata esercitata con le previsioni del bando qui in rilievo e ciò è pienamente compatibile con la disciplina dell’appalto per l’affidamento di servizi, attesa l’attuale mancanza di diversa disciplina regolamentare, ai sensi dell’art.253, commi 3 e 9, del D.lgs.163 del 2006.

Nel caso di specie, poiché il capogruppo dell'associazione temporanea ricorrente in primo grado mancava del requisito dell'espletamento di servizi richiesti ai sensi della lettera f) del punto 13 del bando, in misura almeno pari al 60% dell'importo dei servizi da affidare, il raggruppamento stesso era privo dei "requisiti minimi di carattere tecnico ed economico per la partecipazione" e l'offerta andava esclusa ai sensi del punto I, lettera s) del disciplinare.

Nei limiti ora evidenziati, in accoglimento dell'appello, va dunque riformata la sentenza di primo grado, accogliendosi il ricorso incidentale e dichiarandosi la conseguente improcedibilità per difetto di interesse del ricorso introduttivo in primo grado.

L'incertezza fattuale e giuridica della controversia giustifica l'integrale compensazione delle spese per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe, annullando per l'effetto la sentenza impugnata nei sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, l'11.11.2008 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo Presidente

Luciano Barra Caracciolo Consigliere est.

Aldo Scola Consigliere

Roberto Chieppa Consigliere

Roberto Garofoli Consigliere

Presidente

GIOVANNI RUOPPOLO

Consigliere Segretario

LUCIANO BARRA CARACCIOLO VITTORIO ZOFFOLI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2008

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 3962/2008

FF