

ha pronunciato la seguente

decisione

sui ricorsi in appello:

n. 5688/2004 proposto dalla Azienda Ospedaliera Senese, in persona del rappresentante legale p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Giuseppe Bernardi, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, Via Monte Zebio, n. 28,

CONTRO

La società \*\*\*, S.p.A. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avv.ti Raffaele Ferola e Giancarlo Sorrentino, presso i quali è elettivamente domiciliata in Roma, Via Po, n. 22,

e nei confronti della società \*\*\*, S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita,

- n. 5751/2004, proposto dalla Società \*\*\*, S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Claudio Rossano, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, Via Vittorio Veneto, n. 108,

CONTRO

La società \*\*\*, S.p.A. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avv.ti Raffaele Ferola e Giancarlo Sorrentino, presso i quali è elettivamente domiciliata in Roma, Via Po, n. 22,

l'Azienda Ospedaliera Senese, in persona del rappresentante legale p.t., non costituita,

per la riforma della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione III, del 2.2.2004, n. 941;

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 3.12.2004, il Consigliere Claudio Marchitello;

Uditi gli avvocati G. Bernardi e R. Ferola, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La Società \*\*\*, S.p.A., ha impugnato al T.A.R. del Lazio il verbale del 15.5.2003 con il quale è stata esclusa dalla gara indetta dalla Azienda Ospedaliera Senese per l'affidamento del "servizio di manutenzione, gestione e presenziamento degli impianti elevatori installati presso il presidio ospedaliero Le Scotte in Siena e per il rifacimento di 39 ascensori".

La Società ricorrente ha impugnato anche il bando di gara, il capitolato speciale di appalto e il D.P.R. 25.1.2000, n. 34, nella parte in cui non include nella categoria di opere specializzate OS4 anche la cd. manutenzione ordinaria programmata, e l'aggiudicazione della gara alla Società \*\*\*, S.p.A.

L'Azienda Ospedaliera Senese e la Società \*\*\* si sono costituite in giudizio, opponendosi all'accoglimento del ricorso con eccezioni in rito e nel merito.

Il T.A.R. del Lazio, Sezione III, con la sentenza del 2.2.2004, n. 941, respinte le eccezioni in rito sollevate dalle resistenti, ha accolto in parte il ricorso, annullando i verbali della commissione giudicatrice del 15.5 e del 6.6.2003 relativi alla esclusione della società ricorrente dalla gara e all'aggiudicazione dell'appalto alla Società \*\*\* ed il capitolato speciale.

L'Azienda Ospedaliera Senese e la Società \*\*\* hanno proposto separati appelli avverso tale sentenza deducendone la erroneità e domandandone la riforma.

La Società \*\*\* resiste all'appello chiedendo la conferma della pronuncia appellata.

All'udienza del 3.12.2004, il ricorso in appello è stato ritenuto per la decisione.

## DIRITTO

1. - I due appelli in epigrafe possono essere definiti con un'unica decisione in quanto concernono la stessa sentenza.

2. - Il T.A.R. del Lazio, Sezione III, con la sentenza del 2.2.2004, n. 941, ha parzialmente accolto il ricorso proposto dalla Società \*\*\*, S.p.A., annullando l'esclusione di tale impresa dalla gara indetta dalla Azienda Ospedaliera Senese per l'affidamento del "servizio di manutenzione, gestione e presenziamento degli impianti elevatori installati presso il presidio ospedaliero Le Scotte in Siena e per il rifacimento di 39 ascensori".

Il T.A.R. ha annullato anche l'aggiudicazione della gara alla Società \*\*\*, S.p.A.

La Società \*\*\* era stata esclusa dalla gara in base alla clausola contenuta alla lettera i) del punto A1 dell'art. 16 del capitolato speciale che, al fine di valutare la capacità economica, finanziaria e tecnica delle imprese partecipanti alla gara, richiede un fatturato globale, nell'ultimo triennio, non inferiore ad Euro 45.000.000,00 (I.V.A. esclusa).

Il T.A.R. ha accolto il ricorso della società \*\*\*, valutando come "chiaramente sproporzionata, ingiustificata e irragionevole" tale richiesta, perché eccedente di circa sette volte l'oggetto del contratto (non nove volte).

Gli appelli proposti avverso tale sentenza dalla Azienda Ospedaliera Senese e dalla Società \*\*\* sono infondati.

Deve, innanzitutto, respingersi l'eccezione in rito, già rigettata in primo grado e nuovamente proposta dalle appellanti, di inammissibilità del ricorso originario per acquiescenza, dovendo escludersi che la presentazione della domanda di partecipazione alla procedura concorsuale possa configurarsi come rinuncia implicita all'impugnativa del bando quando, come nella specie, si contesta una specifica clausola diretta a dimostrare le potenzialità di carattere economico-finanziario dell'impresa ritenuta necessaria per concorrere all'aggiudicazione. La presentazione della domanda di partecipazione alla gara, nel caso in esame, si configura come un atto necessario per radicare l'interesse al ricorso (Cons. St. V Sez. 18.3.2004, n. 1408; 29.1.1999, n. 90).

Il bando di gara, deve aggiungersi, è stato impugnato nei termini di rito.

Nel merito, si osserva che l'art. 13 del D.P.R. 17.3.1995, n. 157, prevede che le imprese concorrenti in gare relative ad appalti pubblici di servizi, possano dimostrare la propria capacità finanziaria ed economica, tra altre attestazioni, con una "dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo a servizi identici a quello oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi".

L'amministrazione, in applicazione di tale norma, può quindi chiedere che la capacità economico e finanziaria sia dimostrata dalle imprese partecipanti ad una gara con l'indicazione del fatturato relativo agli ultimi tre anni.

Nel silenzio della norma, non è dubitabile che l'amministrazione, quando si determini a chiedere la dimostrazione della potenzialità finanziaria ed economica di una impresa concorrente con l'indicazione dell'importo dei servizi analoghi già effettuati, abbia il potere discrezionale di stabilire anche il livello del relativo fatturato (come si è già affermato da questo Consiglio di Stato in una fattispecie relativa proprio alla fissazione dei requisiti di capacità economico - finanziaria: IV Sez., 22.10.2004, n. 6972).

Come per ogni potere rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione, l'esercizio del potere di cui trattasi sfugge in via di principio al sindacato del giudice amministrativo, in quanto attiene al merito dell'azione amministrativa. Esso, cioè, appartiene a quella sfera dell'azione amministrativa nella quale è rimesso alle esclusive valutazioni dell'amministrazione la scelta degli strumenti per conseguire i propri obiettivi istituzionali nel modo più confacente per l'interesse pubblico.

Le relative determinazioni, come ripete la costante giurisprudenza amministrativa, sono suscettibili di sindacato da parte del giudice di legittimità nei soli casi in cui le relative scelte appaiono, *ictu oculi*, irrazionali o fondate su errori di fatto.

La Sezione ritiene, e di conseguenza condivide quanto affermato dal T.A.R. nella pronuncia appellata, che l'importo di Euro 45.000.000,00, richiesto nella procedura di cui trattasi per analoghi servizi espletati nell'ultimo triennio, debba essere stimata irrazionale, in quanto eccessiva e sproporzionata, tenuto conto della rilevanza economica del contratto da stipulare (Cfr: Cons. St., VI Sez. 10.10.2002, n. 5442) e che tale giudizio di sproporzione tra il valore dell'appalto e l'entità dei requisiti economico e finanziario richiesto non possa ritenersi giustificato dalla rilevanza del servizio per la stazione appaltante, con la conseguente necessità di affidarlo a una impresa affidabile, anche per i connessi oneri di manutenzione.

I due appelli riuniti, in conclusione, fondati su argomentazioni pressoché identiche, devono essere respinti.

Le spese del secondo grado del giudizio, sussistendo giusti motivi, possono compensarsi integralmente fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, riuniti gli appelli in epigrafe, li respinge.

Compensa le spese del secondo grado giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso, in Roma, in Camera di Consiglio, il 3.12.2004, il 24.5.2005 e il 14.12.2005

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 23 gennaio 2006