

(a cura di) - TAR Lecce, impugnazione bando, mancata partecipazione alla gara del ricorrente, ammissibilità.

Autore: Matranga Alfredo

In: Diritto amministrativo

Il principio secondo cui l'impresa, per poter censurare le clausole cd. espulsive del bando, deve presentare domanda di partecipazione non trova applicazione allorquando non esiste alcun dubbio circa il mancato possesso dei requisiti richiesti dalla lex specialis.

E' questo il principio con cui il TAR Lecce ha ritenuto ammissibile il ricorso proposto dalla società ricorrente statuendo che "Nel caso di specie, è indubbio che non è in possesso del requisito di capacità tecnica previsto dal bando e dunque la sua domanda di partecipazione sarebbe stata inevitabilmente esclusa dalla stazione appaltante, per cui non c'era necessità di presentarla ai fini del successivo accesso alla tutela giurisdizionale".

Avv. *****

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Reg. Decis.: 305/07

Reg. Gen. 1024/2005

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, II Sezione di Lecce, composto dai signori Magistrati:

Dott. *****

Presidente

Dott. *****

Referendario, relatore

Dott. *****

Referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

A) sul ricorso n. 1024/2005, proposto da, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso lo studio della stessa, in Lecce, Via Augusto Imperatore, 16,

contro

Comune di Lecce, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso la Casa Comunale - Settore Avvocatura, in Lecce,

con intervento ad adiuvandum di

Associazione Nazionale Manutenzione e Spurgo delle Reti Fognarie e Idriche (ASPI), in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. *****Arpa, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Lecce, Via Boccaccio, 4,

per l'annullamento

-

del bando di gara pubblicato sulla GUCE del 24.6.2005 dal Comune di Lecce, relativo alla licitazione

privata per l'affidamento del servizio di custodia e conduzione delle opere di fognatura pluviale ricadenti nel comprensorio città di Lecce;

-

nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, anche non conosciuto, ed in particolare del Capitolato speciale d'appalto e della lettera d'invito, ove spedita;

B) sui motivi aggiunti al predetto ricorso, proposti da, rappresentata e difesa come sopra,

contro

Comune di Lecce, rappresentato e difeso come sopra,

e nei confronti di

....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'*****,
con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Lecce, Via Garibaldi, 43,

per l'annullamento

-

della determinazione dirigenziale n. 572 del 5.10.2005, recante l'aggiudicazione della presente gara in favore di

-

nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ed in particolare le determinazioni dirigenziali n. 125 del 21.3.2005; n. 196 del 2.5.2005; n. 392 del 30.6.2005; n. 551 del 19.9.2005; la determinazione di G.C. n. 835 del 13.12.2004; i verbali di gara e il verbale di consegna dei lavori,

e per la declaratoria di nullità/inefficacia

del contratto medio tempore stipulato con

Visto il ricorso con i relativi allegati e tutti gli atti di causa;

Visti i motivi aggiunti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata e della controinteressata

Visto l'atto di intervento ad adiuvandum;

Uditi alla pubblica udienza del 17 gennaio 2007 il relatore, ***** e, per le parti, gli avv. ***** (in sostituzione di *****), Quinto e ***** (in sostituzione di D'Arpa).

FATTO

1. L'impresa ricorrente, operante nel settore dei LL.PP., con il ricorso introduttivo impugna il bando di gara, inviato per la pubblicazione sulla G.U.C.E. in data 26.4.2005, adottato dal Comune di Lecce per l'affidamento dell'appalto del servizio di custodia e conduzione delle opere di fognatura pluviale cittadine, da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con i motivi aggiunti ha invece gravato l'aggiudicazione definitiva e gli atti presupposti e consequenziali alla stessa.

Le censure formulate da (sostenute anche dall'interventore ad adiuvandum) si appuntano sulle clausole del bando che stabiliscono i requisiti di capacità tecnica e finanziaria che i concorrenti debbono documentare per poter accedere alla gara.

In particolare, premesso che si tratta di appalto misto di servizi e lavori (con prevalenza della prima componente - € 2.754.000,00 - sulla seconda - € 300.000,00, di cui 150.000,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso) della durata di sei anni, il bando richiedeva:

- ai fini della dimostrazione del possesso della capacità tecnica, l'allegazione dei principali servizi di conduzione di pubbliche fognature svolti negli anni 2002-2003-2004, di importo complessivo pari ad almeno 3.054.000,00;

- ai fini della dimostrazione dell'adeguata capacità economico-finanziaria, l'indicazione del fatturato per servizi di conduzione di pubbliche fognature svolti negli anni 2002-2003-2004, di importo pari ad almeno 3.054.000,00.

Inoltre, per quanto concerne l'ammissione alla gara dei raggruppamenti temporanei di imprese, il bando prevedeva ovviamente tale possibilità, a condizione che:

- i requisiti relativi al fatturato globale di impresa ed al fatturato per servizi relativi alla conduzione delle pubbliche fognature (par. III.2.1.2., let. a) e par. III.2.1.3., let. d), ripartibili fra capogruppo e mandanti nella misura, rispettivamente, del 40% per la mandataria e del 10% per ciascuna mandante, fossero posseduti dall'impresa o dalle imprese che si qualificano per l'espletamento del servizio.

2. Tali clausole sono ritenute illegittime da, in quanto:

- gli importi minimi richiesti per la dimostrazione della capacità tecnica e finanziaria (€ 3.054.000,00) sono pari a circa il doppio rispetto al prezzo a base d'asta. Infatti, considerato che l'importo di € 3.540.000,00 è calcolato sulla durata sessennale dell'appalto, mentre i predetti requisiti soggettivi debbono essere stati maturati nell'arco di un triennio, ne viene che la soglia di sbarramento prevista dal Comune è troppo elevata e sproporzionata rispetto al valore dell'appalto;

- in ogni caso, dall'importo complessivo di € 3.540.000,00 va detratta la quota lavori, pari ad € 300.000,00;

- la clausola relativa alla partecipazione delle ATI, forse a causa di un errore di dattiloscrittura, è formulata in maniera tale che la ricorrente non potrebbe prendere parte alla gara neanche associandosi ad altre imprese, e ciò in quanto la *lex specialis* prevede al riguardo che il solo requisito scorporabile relativo alla capacità tecnica è l'elenco dei mezzi e delle attrezzature (par. III.2.1.3. let. d) e non anche quello dei servizi analoghi svolti nel triennio;

- infine, avendo stabilito un requisito di ammissione identico sia per ciò che concerne la capacità tecnica, sia per quanto riguarda la capacità finanziaria (€ 3.0540.000,00, riferiti, rispettivamente, ai servizi analoghi svolti ed al fatturato relativo a tali servizi), la stazione appaltante ha violato i principi desumibili dagli artt. 13 e 14 del D.Lgs. n. 157/1995.

3. Si sono costituiti il Comune di Lecce e, a seguito della proposizione dei motivi aggiunti, la controinteressata I.COS., mentre ha spiegato intervento ad adiuvandum l'Associazione che raggruppa le imprese operanti nel settore della manutenzione e spurgo delle reti fognarie e idriche (ASPI).

La controinteressata eccepisce l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non avendo la ricorrente presentato domanda di partecipazione alla licitazione, e l'inammissibilità dell'intervento.

Alla pubblica udienza del 17 gennaio 2007 la causa è stata trattenuta per la decisione di merito.

DIRITTO

1. Il ricorso è ammissibile, ma infondato nel merito, per le seguenti ragioni.

Il Tribunale non ritiene infatti di dover accogliere l'eccezione preliminare formulata da in relazione al fatto che, non avendo presentato domanda di partecipazione alla gara, non avrebbe interesse ad impugnare gli atti indittivi e l'aggiudicazione.

In effetti, seppure tale eccezione ha trovato spesso accoglimento nella giurisprudenza (si vedano al riguardo le sentenze citate nella memoria difensiva depositata dalla controinteressata l'11.1.2007), è altrettanto vero che il principio secondo cui l'impresa, per poter censurare le clausole cd. espulsive del bando, deve presentare domanda di partecipazione non trova applicazione allorché non esiste alcun dubbio circa il mancato possesso dei requisiti richiesti dalla lex specialis, di talché la presentazione dell'istanza di ammissione costituisce un inutile e formale onere procedurale (vedasi, per un precedente analogo, la sentenza della Sezione n. 824/2004).

Nel caso di specie, è indubbio che non è in possesso del requisito di capacità tecnica previsto dal bando e dunque la sua domanda di partecipazione sarebbe stata inevitabilmente esclusa dalla stazione appaltante, per cui non c'era necessità di presentarla ai fini del successivo accesso alla tutela giurisdizionale.

2. Passando quindi all'esame del merito,, come esposto in punto di fatto, censura le clausole del bando di gara adottato dal Comune di Lecce per l'affidamento sessennale dell'appalto del servizio di manutenzione e conduzione della rete fognaria cittadina, appalto espressamente qualificato come "misto" (con prevalenza della componente servizi rispetto a quella lavori), deducendo in sostanza la sproporzione dei requisiti di partecipazione previsti, anche rispetto alla possibilità per imprese in possesso di requisiti analoghi a quelli posseduti da (ossia, un fatturato per servizi analoghi maturato nel triennio di riferimento pari a circa 1.400.000,00 Euro, un fatturato per lavori analoghi pari a circa 93.850.000,00 di Euro e un fatturato complessivo pari a circa 94.400.000,00 di Euro) di partecipare in ATI con altri prestatori di servizi.

Con motivi aggiunti, la ricorrente impugna gli esiti della gara, che hanno premiato la controinteressata, deducendo in primis l'illegittimità derivata dell'aggiudicazione e degli atti presupposti e consequenziali alla stessa e ribadendo per il resto le censure già articolate con il ricorso introduttivo.

3. Punto centrale della controversia è la legittimità della clausola del bando in cui erano stabiliti i requisiti soggettivi di ammissione alla gara relativamente alla capacità tecnica e finanziaria. La ricorrente, infatti, denuncia l'illegittima sproporzione fra il valore dell'appalto e il requisito di capacità tecnica richiesto, ma tale censura non merita accoglimento in quanto:

- in base alle consolidate regole in materia di determinazione del valore di un appalto ai fini

dell'applicabilità della normativa comunitaria (vedasi, ad esempio, l'art. 29, comma 12, del D.Lgs. n. 163/2006, o l'art. 4, comma 6, del D.Lgs. n. 157/1995, quest'ultimo applicabile *ratione temporis* alla vicenda), la stazione appaltante deve, in caso di contratti aventi durata pluriennale, porre a base d'asta il valore riferito all'intero periodo di prevista vigenza del contratto, il che è anche logico, considerato che qualsiasi altra regola potrebbe risultare elusiva dell'applicazione della normativa comunitaria;

- il prezzo a base d'asta costituisce poi il parametro di riferimento ai fini della verifica della capacità tecnica e finanziaria dei concorrenti, nel senso che questi debbono comprovare di avere un fatturato ed una capacità tecnica adeguati al valore dell'appalto (ed anche questo è logico, visto che la stazione appaltante deve essere garantita sotto entrambi i profili per tutto il tempo in cui l'appalto deve avere esecuzione - anche sul punto, cfr. la citata sentenza della Sezione n. 824/2004). Inoltre, è la legge a stabilire che i requisiti di capacità tecnica e finanziaria debbono essere stati conseguiti dall'impresa nel triennio antecedente rispetto all'anno di pubblicazione del bando, per cui anche sotto questo profilo l'operato del Comune non è censurabile;

- peraltro muove da una considerazione non del tutto irragionevole, in quanto sostiene che, seppure è vero che la capacità tecnica va in generale commisurata al valore dell'appalto, è altrettanto vero che nel caso di specie all'aggiudicatario è richiesta la prestazione annua di servizi aventi un valore presunto di € 500.000,00 circa (e ciò in quanto il valore complessivo dell'appalto assomma a € 3.050.000,00 circa per un sessennio - e questa è senza dubbio la capacità tecnica minima che i concorrenti dovrebbero teoricamente esprimere - il che vuol dire che ogni anno l'appaltatore deve essere in grado di erogare prestazioni contrattuali aventi un valore di circa 500.000,00 Euro). Per cui, considerato che ha dichiarato (e può comunque comprovare, laddove richiestane dal Comune) di avere svolto nel triennio 2002-2004 servizi analoghi per un importo complessivo di circa 1.400.000,00 Euro, ne conseguirebbe che la ricorrente è in possesso di capacità tecnica adeguata rispetto al valore "effettivo" dell'appalto e che, per converso, è illegittima la clausola del bando che invece richiede ai concorrenti il possesso di requisiti di capacità tecnica pari al doppio del valore dell'appalto;

- tuttavia, la scelta dell'Amministrazione di stabilire il predetto requisito di capacità tecnica non sembra al Collegio irrazionale, in quanto, a parte le precedenti considerazioni relative alle modalità di determinazione del valore dell'appalto, nel caso di specie rileva la circostanza che l'appalto si caratterizza per una durata presunta abbastanza lunga (e tra l'altro è prevista anche la proroga tacita per ulteriori tre anni, ma ciò non è di per sé rilevante ai fini delle presenti considerazioni), il che giustifica la scelta del Comune di richiedere ai concorrenti una capacità tecnica, espressa in termini di fatturato specifico, particolarmente elevata. In effetti, dovendo l'Amministrazione essere garantita per un periodo di tempo così lungo sulla regolare esecuzione dell'appalto (il quale riguarda un settore particolarmente delicato, che non consente interruzioni del servizio), è logico pretendere dai concorrenti una particolare affidabilità tecnica.

4. In ragione delle considerazioni che precedono, si deve altresì concludere che la società ricorrente non ha interesse all'accoglimento della seconda censura (relativa al fatto che, in ogni caso, dall'importo di

3.054.000,00 Euro andrebbe sottratta la quota lavori - pari a € 300.000,00 - per cui è regolarmente qualificata ai sensi del DPR n. 34/2000), visto che ha dichiarato di avere realizzato nel triennio servizi analoghi per un importo di circa 1.500.000,00 Euro. Pertanto, anche abbassando la soglia del requisito di capacità tecnica a € 2.700.000,00 circa, la ricorrente non potrebbe comunque partecipare da sola alla gara.

5. Ugualmente non sussiste l'interesse all'accoglimento del terzo motivo di ricorso (il quale sarebbe in teoria fondato, in quanto in parte qua il bando viola l'art. 13, comma 1, let. c) del D.Lgs. n. 157/1995, visto che ai concorrenti, ai fini della dimostrazione della capacità finanziaria, non viene consentito di far valere il fatturato globale di impresa, essendo richiesta l'indicazione del solo fatturato relativo a servizi analoghi a quello oggetto della gara. Una siffatta limitazione, però, non trova alcuna giustificazione né nel diritto positivo, né in legittime esigenze di tutela della stazione appaltante, atteso che un'impresa, come del resto qualsiasi altro debitore, fa fronte alle proprie obbligazioni con tutto il proprio patrimonio, per cui una società come - che ha dichiarato un fatturato globale di € 94.000.000,00 circa nel triennio fra lavori e servizi analoghi - garantisce ampiamente la stazione appaltante circa la solidità finanziaria). Infatti, seppure si deve riconoscere alla ricorrente il possesso di adeguata capacità finanziaria, essa non è invece in possesso di adeguata capacità tecnica, per cui l'accoglimento del presente motivo di ricorso non assicurerebbe ad alcun vantaggio pratico.

6. Ugualmente infondata è la censura relativa alle (asseritamente illegittime) modalità di partecipazione delle ATI previste dal bando.

In effetti, come del resto adombra la stessa ricorrente, la clausola di cui al punto B. del bando (relativa alle modalità di partecipazione delle ATI) contiene un evidente errore di dattiloscrittura, in quanto, nell'indicare le quote minime che debbono possedere rispettivamente la mandataria e le mandanti, la lex specialis fa riferimento solo alla dichiarazione di cui al precedente punto III.2.1.3., let. d) (elenco degli automezzi e delle attrezzature tecniche) e non anche all'elenco dei servizi analoghi svolti nel triennio di riferimento (punto III.2.1.3, let. c). Ma poiché è pacifico che l'essenza stessa dell'associazione temporanea consiste nel mettere insieme le capacità tecniche e finanziarie delle imprese associate (e quindi anche il fatturato in servizi specifici maturato nel triennio di riferimento), e non solo i mezzi e le attrezzature tecniche (come sembra prevedere il bando), si deve ritenere che la stazione appaltante sia incorsa in un mero errore materiale.

Ma poiché si tratta di un errore marchiano, lo stesso sarebbe stato emendabile a seguito di un reclamo o di una richiesta preventiva di chiarimenti alla stazione appaltante.

7. In base a quanto precede, il ricorso va rigettato.

Sussistono tuttavia giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, Seconda Sezione di Lecce, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce, in camera di consiglio, il 18 gennaio 2007.

Dott. ***** - Presidente

Dott. ***** - Estensore

Pubblicata il 5 febbraio 2007

<https://www.diritto.it/a-cura-di-tar-lecce-impugnazione-bando-mancata-partecipazione-alla-gara-del-ricorrente-ammissibilita/>