

Costituisce ius receptum l'affermazione secondo cui i bandi di gare d'appalto di servizi possono prevedere requisiti di partecipazione più rigorosi di quelli indicati nel d.lgs. 197 del 1995 purché non discriminanti ed abnormi rispetto alle regole proprie

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

in tema di discrezionalità di una Stazione appaltante nella richiesta di ulteriori requisiti per un appalto di pulizia, merita di segnalare il seguente pensiero espresso dal Consiglio di Stato nella decisione numero 3103 del 12 giugno 2007:

<L'esercizio di detto potere discrezionale costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, e si sostanzia quindi nel potere - dovere assegnato all'amministrazione di apprestare (proprio attraverso la specifica individuazione degli specifici requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare: le scelte così operate da un'amministrazione aggiudicatrice, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano ictu oculi manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie, sproporzionate, illogiche e contraddittorie>

ma ancor più importante risulta sapere che:

<non occorre, ai fini della legittimità del bando di gara, alcuna specifica indicazione delle ragioni dell'aggravamento delle condizioni di gara, qualora esso venga mantenuto nei limiti della ragionevolezza e sia comunque assicurata la par condicio>

nella particolare fattispecie sottoposta all'adito ***** amministrativo inoltre:

<a) la previsione che, in caso di imprese raggruppate, ognuna di esse non avrebbe potuto svolgere un parte del servizio oggetto di appalto inferiore al 30% risponde all'evidente ragione di evitare che il frazionamento dell'appalto possa incidere negativamente sul suo effettivo espletamento ovvero sulla sua qualità, offrendo d'altra parte la possibilità di un adeguato controllo e della necessaria vigilanza da parte dell'amministrazione appaltante;

b) la prova dell'elevato requisito economico (aver realizzato negli ultimi tre esercizi finanziari un fatturato medio non inferiore a quello presunto del lotto o dei lotti per i quali l'impresa concorre) è evidentemente finalizzata alla scelta del concorrente che dia prova di adeguata affidabilità all'espletamento del servizio da espletare per aver svolto un'attività di corrispondente valore finanziario nell'ultimo triennio;

c) la divisione della gara in due soli lotti (che, peraltro, costituisce frutto di una specifica scelta organizzatoria) risponde all'esigenze di poter svolgere accurata attività di vigilanza e controllo, riducendo il numero degli interlocutori dell'amministrazione, con la evidente possibilità di adeguate, incisive ed efficaci direttive per il corretto svolgimento dell'appalto (anche ai fini del controllo e del monitoraggio della spesa).>

ma vi è di più

<Ugualmente infondato è, infine, il rilievo, valorizzato dai primi giudici ai fini di giungere all'annullamento dell'atto impugnato, circa una presunta violazione della normativa comunitaria in tema di libertà di stabilimento per il fatto che il bando di gara prevedeva, come condizione di partecipazione, la disponibilità da parte delle imprese concorrenti la disponibilità di uno o più sedi periferiche situate almeno una per ciascuna regione geografica oggetto del servizio.

Una tale previsione, lungi dal potersi qualificare come elemento di radicamento delle imprese concorrenti nel territorio italiano (escludendo così la partecipazione di imprese comunitarie), costituisce una mera misura organizzativa finalizzata esclusivamente all'effettivo, corretto e puntuale svolgimento del servizio oggetto di appalto e non è elemento di discriminazione, fondata sulla nazionalità, circa la partecipazione alla gara in questione: un simile carattere discriminante avrebbe potuto rinvenirsi se l'Amministrazione piuttosto che richiedere genericamente una sede logistica periferica, avesse piuttosto preteso che tale sede logistica avesse avuto puntuali caratteri (come l'essere di proprietà di cittadini o di imprese italiane, poter essere frequentata o utilizzata solo da lavoratori italiani dell'impresa concorrente, etc., questi soltanto potendo essere considerati elementi discriminatori della libertà di stabilimento.>

a cura di *****

R
E
P
U
B
B
L
I
C
A

I
T
A
L
I
A
N
A

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 3898/2002 proposto dal Ministero della difesa, in persona del ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia ope legis in Roma alla via dei Portoghesi n. 12;

contro

DITTA ALFA s.r.l. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati ***** e ***** , presso il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Ottaviano n. 9;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. I bis, n. 2509 del 25 marzo 2002;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della DITTA ALFA s.r.l. ;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 22 maggio 2007 il consigliere *****;

Uditi l'Avvocato dello Stato ***** e l'avv. Asciano su delega dell'*****;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O e D I R I T T O

1. Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, parte II, n. 96, del 21 dicembre 2001, il Ministero della Difesa (Direzione generale del commissariato e dei servizi generali, II Reparto - 6^a Divisione) indiceva una licitazione privata per il giorno 8 aprile 2002 per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali presso tutti gli enti della difesa dislocati sul territorio nazionale, per un importo annuo complessivo di circa £. 186.100.000.000 (I.V.A. esclusa, pari a € 96.110.000), da aggiudicare al prezzo più basso, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lettera a) del decreto legislativo n. 157/1995, prevedendo la durata del contratto fino al 31 dicembre 2002, con possibile rinnovo ai sensi di quanto previsto dall'articolo 27, comma 6, della legge n. 488 del 1999, come meglio specificato nella lettera d'invito.

Ai sensi del punto 5 del bando, erano ammesse a presentare

offerte solo imprese, consorzi, associazioni di imprese, anche appositamente e temporaneamente raggruppate con l'osservanza della disciplina di cui all'articolo 11 del decreto legislativo n. 157/1995, in possesso di tutte le fasi di lavorazioni per il servizio in questione: le imprese raggruppate dovevano indicare nella richiesta di partecipazione alla gara (confermandole successivamente nell'offerta) le parti del servizio fornite da ciascuna impresa, in misura non inferiore al 30% dell'importo complessivo annuo di ciascun lotto posto in gara.

Ai sensi del successivo punto 6 del predetto bando, il servizio di pulizia oggetto di gara era diviso in due lotti, il primo (lotto n. 1) relativo a n. 369 enti rientranti nell'area Nord, per un importo complessivo annuo di £. 86.100.000.000 (I.V.A. esclusa, pari a €. 44.466.939); il secondo (lotto n. 2) relativo a n. 267 enti rientranti nell'area Centro - Sud per un importo complessivo annuo di £. 100.000.000.000 (I.V.A. esclusa, pari a €. 51.645.689).

Le domande di partecipazione alla gara dovevano essere corredate da apposite dichiarazioni sostitutive, sottoscritte dal legale rappresentante e redatte ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, attestanti stati, qualità e fatti ivi indicati, tra cui, per quanto qui interessa, il fatturato globale degli ultimi tre esercizi finanziari distinto per tipologia di servizi resi (ristorazione, pulizia, ecc.), con la specificazione che per essere ammessi alla gara le imprese o i raggruppamenti interessati dovevano aver realizzato, come media del fatturato degli ultimi tre esercizi finanziari, un valore non inferiore a quello presunto del lotto o dei lotti per i quali intendevano partecipare alla gara.

2. Con ricorso notificato il 19 febbraio 2002 la s.r.l. DITTA ALFA, società operante nel settore, chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'annullamento del predetto bando di gara, articolando i seguenti motivi:

a) violazione e falsa applicazione di tutti i principi in tema di redazione dei bandi di gara;

b) violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 13 e 15 del d.lgs. n. 157 del 1995;

c) violazione e falsa applicazione dell'art. 1, l. n. 82 del 1994 e del d.m. n. 274 del 1997;

d) eccesso di potere sotto tutti i profili sintomatici con particolare riferimento alla illogicità delle clausole del bando concernenti la richiesta di fatturato medio rapportata agli importi presunti ed al limite minimo delle parti di servizio da fornire da ciascuna impresa facente parte di raggruppamento temporaneo, sviamento di potere.

In buona sostanza si aggredisce il bando nella parte in cui fissava in due soli lotti il servizio di pulizia dei locali degli enti del Ministero della difesa ubicati su tutto il territorio nazionale, prevedeva che in caso di imprese raggruppate, ognuna di esse avrebbe dovuto svolgere una parte del servizio oggetto di gara non inferiore al 30%, poneva come requisito di ammissione per le imprese partecipanti l'aver realizzato, come media del fatturato degli ultimi tre esercizi finanziari un valore non inferiore a quello annuo presunto del lotto o dei lotti per il quale veniva presentata domanda di partecipazione alla gara e, inoltre, richiedeva la disponibilità di una o più sedi periferiche in ciascuna regione geografico in cui doveva essere espletato il servizio, in quanto in questo modo risultavano introdotto abnormi ed ingiustificate limitazioni all'accesso alla gara e al principio di concorrenza ai fini dell'affidamento del predetto servizio, violando anche i principi comunitari in materia di libertà di stabilimento; l'amministrazione appaltante, oltre a suddividere la gara in due mega lotti tali da escludere in via di fatto lo stesso principio di concorrenza, quello della più ampia partecipazione possibile alle gare pubbliche e quello di trasparenza, aveva altresì irragionevolmente ed ingiustificatamente introdotto quale prova dell'idoneità economico - finanziaria dei concorrenti un requisiti non solo di valore economico elevatissimo, ma tale da violare irrazionalmente la presunzione iuris et de iure di idoneità risultante dall'iscrizione nel registro delle imprese, anche avuto riguardo alla menzione della categoria della ristorazione fra le tipologie di servizi resi su cui computare il fatturato globale.

3. L'adito Tribunale, sez. I bis, con la sentenza n. 2509 del 25 marzo 2002, oggetto del presente giudizio, dopo aver richiamato il proprio specifico precedente (n. 1377 del 27 febbraio 2002 reso sul medesimo bando di gara), annullava l'impugnato bando di concorso, ritenendolo illegittimo, sia in ragione degli specifici requisiti di capacità economica e finanziaria ivi fissati (che costituivano una indebita restrizione all'accesso alla gara stessa e si ponevano in contrasto anche con la presunzione di idoneità derivante dall'iscrizione dei prestatori di servizi in appositi albi - articolo 17, commi 1 e 2 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 e articolo 3 del D.M. 7 luglio 1997, n. 274 -), sia in relazione all'ulteriore condizione per la partecipazione, consistente nella disponibilità di una o più sedi periferiche situate almeno una per ciascuna regione geografica oggetto del servizio, che, introducendo un elemento di radicamento territoriale dell'impresa aggiudicataria del servizio da affidare, si poneva pertanto in stridente contrasto

con il principio di libertà di stabilimento di cui all'articolo 52 del Trattato Europeo.

4. Ha proposto appello il Ministero della difesa con atto notificato il 9 maggio 2002, contestando analiticamente le argomentazioni poste a fondamento dell'impugnata sentenza.

5. Si è costituita in giudizio la DITTA ALFA s.r.l. chiedendo il rigetto dell'avverso appello e riproponendo i motivi di prime cure non esaminati.

6. Con ordinanza n. 3031 del 2002 veniva accolta l'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 22 maggio 2007.

7. L'appello è fondato e deve essere accolto.

8. Le questioni centrali sottese al gravame in trattazione sono state tutte risolte, in senso favorevole all'amministrazione della difesa, dalle decisioni di questa sezione nn. 6967, 6968, 6969, 6970, 6971 e 6972 del 22 ottobre 2004 (cui si rinvia a mente dell'art. 9, l. n. 205 del 2000) che hanno riformato oltre che la su menzionata sentenza del T.a.r. Lazio n. 1377 del 2002 anche le coeve nn. 1577, 2499, 2506, 2508 e 2907 del 2002.

Questi gli snodi del ragionamento sviluppato dalla sezione.

8.1. Premesso che costituisce ius receptum l'affermazione secondo cui i bandi di gare d'appalto di servizi possono prevedere requisiti di partecipazione più rigorosi di quelli indicati nel d.lgs. 197 del 1995 purché

non discriminanti ed abnormi rispetto alle regole proprie del settore (cfr. Cons. St., sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 37; sez. V, 14 novembre 2006, n. 6682), sulla base della lettura sistematica del secondo e del terzo comma dell'articolo 17 del decreto legislativo 17 marzo 1995 e, per quanto attiene alle imprese di pulizia, dal delineato sistema di qualificazione di cui al D.M. 7 luglio 1997, n. 274, non può dubitarsi che l'amministrazione aggiudicatrice abbia il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge, e che possa pertanto pretendere l'attestazione di requisiti di capacità diversi ed ulteriori dalla semplice iscrizione nell'elenco, le previsioni indicate nelle accennate disposizioni normative limitandosi a stabilire una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara, che pertanto ben possono essere derogati (o meglio incrementati, sotto l'aspetto qualitativo e quantitativo) dall'amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare.

8.2. L'esercizio di detto potere discrezionale costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, e si sostanzia quindi nel potere - dovere assegnato all'amministrazione di apprestare (proprio attraverso la specifica individuazione degli specifici requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare: le scelte così operate da un'amministrazione aggiudicatrice, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie, sproporzionate, illogiche e contraddittorie.

8.3. Le previsioni del bando di gara, oggetto di impugnativa, non appaiono *ictu oculi* affette da irragionevolezza, arbitrarietà, contraddittorietà ed illogicità e risultano congrue e proporzionali rispetto allo specifico oggetto della gara, alla sua importanza (anche in relazione all'elevato valore economico) e, in definitiva, adeguate rispetto all'interesse pubblico perseguito dovendosi ricordare che non occorre, ai fini della legittimità del bando di gara, alcuna specifica indicazione delle ragioni dell'aggravamento delle condizioni di gara, qualora esso venga mantenuto nei limiti della ragionevolezza e sia comunque assicurata la par condicio (C.d.S., sez. V, 22 gennaio 2003, n. 241). Infatti: a) la previsione che, in caso di imprese raggruppate, ognuna di esse non avrebbe potuto svolgere un parte del servizio oggetto di appalto inferiore al 30% risponde all'evidente ragione di evitare che il frazionamento dell'appalto possa incidere negativamente sul suo effettivo espletamento ovvero sulla sua qualità, offrendo d'altra parte la possibilità di un adeguato controllo e della necessaria vigilanza da parte dell'amministrazione appaltante; b) la prova dell'elevato requisito economico (aver realizzato negli ultimi tre esercizi finanziari un fatturato medio non inferiore a quello presunto del lotto o dei lotti per i quali l'impresa concorre) è evidentemente finalizzata alla scelta del concorrente che dia prova di adeguata affidabilità all'espletamento del servizio da espletare

per aver svolto un'attività di corrispondente valore finanziario nell'ultimo triennio; c) la divisione della gara in due soli lotti (che, peraltro, costituisce frutto di una specifica scelta organizzativa) risponde all'esigenze di poter svolgere accurata attività di vigilanza e controllo, riducendo il numero degli interlocutori dell'amministrazione, con la evidente possibilità di adeguate, incisive ed efficaci direttive per il corretto svolgimento dell'appalto (anche ai fini del controllo e del monitoraggio della spesa).

La legittimità delle scelte operate dall'Amministrazione della difesa nel contestato bando di gara esclude di per sé la fondatezza delle censure, invero astratte, generiche e di stile, sollevate in primo grado dalla società ricorrente circa l'asserita violazione dei principi di concorrenzialità e della più ampia partecipazione possibile alle gare pubbliche.

Ugualmente infondato è, infine, il rilievo, valorizzato dai primi giudici ai fini di giungere all'annullamento dell'atto impugnato, circa una presunta violazione della normativa comunitaria in tema di libertà di stabilimento per il fatto che il bando di gara prevedeva, come condizione di partecipazione, la disponibilità da parte delle imprese concorrenti la disponibilità di uno o più sedi periferiche situate almeno una per ciascuna regione geografica oggetto del servizio.

Una tale previsione, lungi dal potersi qualificare come elemento di radicamento delle imprese concorrenti nel territorio italiano (escludendo così la partecipazione di imprese comunitarie), costituisce una mera misura organizzativa finalizzata esclusivamente all'effettivo, corretto e puntuale svolgimento del servizio oggetto di appalto e non è elemento di discriminazione, fondata sulla nazionalità, circa la partecipazione alla gara in questione: un simile carattere discriminante avrebbe potuto rinvenirsi se l'Amministrazione piuttosto che richiedere genericamente una sede logistica periferica, avesse piuttosto preteso che tale sede logistica avesse avuto puntuali caratteri (come l'essere di proprietà di cittadini o di imprese italiane, poter essere frequentata o utilizzata solo da lavoratori italiani dell'impresa concorrente, etc.), questi soltanto potendo essere considerati elementi discriminatori della libertà di stabilimento.

Quanto al riferimento ai servizi di ristorazione, contenuto nel punto 9 del bando, esso appare un mero rifiuto, alla luce della chiara individuazione della categoria di servizio ed organizzazione effettivamente richiesta nel bando stesso (punto 2, dove si riferisce alla categoria 14, numero di riferimento della CPC: 74), ed alla pacifica applicazione, nel caso di specie, del d.m. n. 274 del 1997 che disciplina le attività di pulizia, disinfezione, derattizzazione e sanificazione.

La prova dell'inesistenza di qualsivoglia sviamento nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione della difesa, si coglie, infine, avuto riguardo al consistente numero di imprese e raggruppamenti che hanno partecipato alle gare per i due lotti in questione (rispettivamente 11 per il lotto 1 e 14 per il lotto 2, come si evince dalla documentazione acquisita all'esito dell'ordinanza istruttoria di questa sezione n. 2441 del 2002).

9. In conclusione, sulla base delle suesposte considerazioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado dalla società DITTA ALFA.

***** motivi inducono la Sezione a disporre la compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado dalla DITTA ALFA s.r.l.;

dichiara integralmente compensate fra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 22 maggio 2007, con la partecipazione di:

- Presidente

Costantino Salvatore

- Consigliere

- Consigliere

- Consigliere

Vito Poli Rel. Estensore

- Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Vito Poli

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/costituisce-ius-receptum-l-affermazione-secondo-cui-i-bandi-di-gare-d-appalto-di-servizi-possono-prevedere-requisiti-di-partecipazione-piu-rigorosi-di-quelli-indicati-nel-d-lgs-197-del-1995-purche-no/>