

Art. 42 del d.lgs n. 163/2006: deve esistere una necessaria coerenza fra i requisiti richiesti e l'oggetto dell'affidamento altrimenti si genera una irragionevole limitazione della platea di possibili partecipanti alla gara e un'irragionevole discriminazione

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Le clausole del bando che debbono essere immediatamente impugnate sono quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione, dal momento che la loro asserita lesività non si manifesta e non opera per la prima volta con l'aggiudicazione, bensì nel momento anteriore nel quale tali requisiti sono stati assunti come regole per l'amministrazione: va affermato l'onere di immediata e autonoma impugnazione del bando con riferimento a clausole che impongano, ai fini della partecipazione, "oneri manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara" tali da comportare "l'impossibilità, per l'interessato, di accedere alla procedura ed il conseguente arresto procedimentale".

Il Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 7259 del 2 agosto 2007 ci offre alcuni importanti insegnamenti in tema di ammissibilità di un ricorso avverso le clausole di un bando, considerate limitative alla partecipazione e sproporzionate rispetto al valore dell'appalto da affidare, senza la necessaria partecipazione:

<l'unico percorso praticabile dalla ricorrente per rimuovere l'ostacolo alla propria partecipazione alla gara (costituita dal mancato possesso del precitato requisito numerico) era costituito dal rimedio giurisdizionale da rivolgersi tempestivamente nei riguardi del bando di gara e segnatamente della clausola che ne impediva la partecipazione alla procedura concorsuale: l'iniziativa giurisdizionale della società ricorrente è certamente assistita da un interesse qualificato e quindi giuridicamente apprezzabile.>

ma non solo

< principi desumibili dalle norme comunitarie (come anche interpretati dalla Corte di giustizia) sono nel senso che l'interesse degli operatori economici a partecipare alle pubbliche gare ha rilievo talmente incisivo da doversene ammettere la tutela anticipata, contro il bando di gara, anche senza la presentazione dell'offerta, allorché le clausole siano talmente chiare nel prevedere l'esclusione dell'aspirante, sulla base dei requisiti di partecipazione richiesti, da rendere inutile ed antieconomico esigere la previa qualificazione mediante la presentazione dell'offerta, spesso fortemente onerosa>

merita inoltre di segnalare il seguente passaggio relativamente alla portata del cd principio di proporzionalità:

<Oltre che ammissibile il ricorso è fondato sotto l'assorbente profilo della violazione del principio di proporzionalità che implica un rapporto di adeguatezza tra il valore dell'appalto ovvero l'oggetto dell'affidamento e i requisiti richiesti per partecipare alla relativa gara.

Occorre puntualizzare che il principio di proporzionalità, di derivazione comunitaria (esso è stato introdotto con il Trattato di Maastricht nell'art. 5 del Trattato della Comunità europea), è principio generale dell'ordinamento (cfr. sul punto, e da ultimo la decisione della Terza Sezione di questo Tribunale n. 563 in data 25 gennaio 2007); in ragione di tale sua valenza, il principio deve sempre sostenere l'azione amministrativa e postula, in via generale, che la p.a., nel perseguimento delle finalità istituzionali, debba adottare la soluzione idonea e adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti.

Come è stato osservato ,del principio di proporzionalità si fa applicazione maggiormente in materia di limitazione del diritto di proprietà, di attività di autotutela, di ordinanze di necessità e di urgenza, di irrogazioni di sanzioni e di diritto ambientale.

In materia contrattuale della p.a. il principio, come si evidenzia in ricorso, ha trovato a ben vedere positiva formalizzazione a partire dalla l. 8 agosto 1977, n. 584 (“Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea”) laddove, in sede di enumerazione degli elementi comprovanti la capacità tecnica dell’imprenditore, si precisava che “Nel bando di gara viene indicato, in relazione alla natura e all’importo dei lavori, quali delle suddette referenze devono essere presentate” (art. 14, comma 2).>

Anche l’attuale normativa, ne fa riferimento

<Un’eco del suddetto principio sembra poi potersi rinvenire, proprio nella specifica materia degli appalti di servizi, nell’art. 14, comma 3, del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 (norma ora trasfusa nel d.lgs. 163/2006) che, in ordine alla capacità tecnica dei concorrenti negli appalti in questione, imponeva che “ Le informazioni di cui all’art. 13 e quelle di cui al comma 1 non possono eccedere l’oggetto dell’appalto”.

Con riferimento alla fonte legislativa da ultimo menzionata, la giurisprudenza, secondo la puntuale ricognizione offerta dalla ricorrente, ha affermato che negli appalti in questione l’integrazione delle previsioni specificatamente previste dalla norme di riferimento (artt. 13 e 14 d.lgs. 157/1995), “con requisiti ulteriori e più stringenti nella lex specialis di gara, presuppone comunque il rispetto dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità” (Tar Lombardia, Milano, III, 24 febbraio 1999, n. 628); che “il principio direttamente ricavabile dal regime giuridico dei contratti della Pubblica amministrazione...è quello della necessaria proporzione tra i requisiti richiesti e l’oggetto dell’affidamento” (CdS, V, 13 dicembre 2005, n. 7081); che “la determinazione da parte della Stazione appaltante dei requisiti di cui agli artt. 13 e 14 d.lgs. n. 157 del 1995 incontra il solo limite della loro ragionevolezza che va valutata con specifico riferimento all’oggetto dell’appalto e alle sue caratteristiche particolari, nel rispetto dei principi, di derivazione comunitaria ed immanenti nell’ordinamento nazionale, di ragionevolezza e proporzionalità, in relazione alle finalità di assicurare la libera concorrenza” (Tar Toscana, I, 20 ottobre 2004, n. 5000).>

Si legga anche Consiglio di Stato sez.V 14/4/2006 n. 2087

<A quest'ultimo riguardo, va osservato che il principio di proporzionalità, di cui si fa applicazione, maggiormente, in materia di limitazione al diritto di proprietà, di attività di autotutela, di ordinanze di necessità ed urgenza, di irrogazione di sanzioni e, appunto, di tutela ambientale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1195), è principio generale dell'ordinamento ed implica che la pubblica amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti. Esso si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885).>:

Interessante appare anche il seguente passaggio tratto da C.d.S., sez. V, 31 gennaio 2006, n. 348. :

< Deve essere presa in esame, a questo punto, la censura con la quale l'appellante si duole del bando di gara nella parte in cui è stato richiesto alle ditte partecipanti - quale requisito di ammissione alla procedura - un fatturato globale, nell'ultimo triennio, pari ad almeno 50.000.000 di euro (pari al doppio, circa, del prezzo a base d'asta) relativamente a servizi identici a quello oggetto di gara.

Detta censura, la quale presuppone il dato della titolarità, in capo alla stazione appaltante, del potere di integrare, per gli aspetti non oggetto di specifica ed esaustiva regolamentazione, i requisiti di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica ovvero di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge - pone il problema dei limiti ravvisabili in capo a tale potere.

Detto potere discrezionale, invero, lungi dall'essere espressione di mero arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, 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 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. **L'esercizio di detto potere, tuttavia, non deve tradursi in un'indebita limitazione dell'accesso delle imprese interessate presenti sul mercato, a garanzia a presidio di un accesso ragionevolmente ampio alla procedura concorsuale.**

Orbene, le scelte che costituiscono espressione di tale potere sono ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che si rivelino *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie, sproporzionate, illogiche e contraddittorie (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 giugno 2001, n. 2973; Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9305; Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442, nonché Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2000, n. 801). Trattasi, infatti, di limiti "esterni" alla discrezionalità amministrativa il cui accertamento rifiuta, in linea di principio, un sindacato giurisdizionale penetrante (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6972).>

Per quanto concerne i riferimenti giurisprudenziali meno recenti, si legga

Consiglio di Stato, V, 31 dicembre 2003, n. 9305

CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Scelta del contraente - requisiti idoneativi aggiuntivi rispetto a quelli di legge - possibilità - condizioni

La decisione ribadisce la consolidata giurisprudenza che ammette la facoltà delle stazioni appaltanti di introdurre requisiti idoneativi aggiuntivi per le imprese partecipanti, nel rispetto dei limiti di ragionevolezza e proporzionalità (Cons. St., sez. VI, 30 aprile 2002, n.2320, sez.V, 1 giugno 2001, n.2973, sez.VI, 9 maggio 2000, n.2682).

Nel caso in esame l'impresa ricorrente aveva impugnato le previsioni del bando per l'appalto del servizio di pulizia in una struttura ospedaliera che imponevano requisiti aggiuntivi (fatturato conseguito - in esecuzione di servizi di pulizia di strutture ospedaliere dotate di più di 500 posti letto - nei tre anni precedenti non inferiore a Euro 1.900.000 di cui Euro 620.000 riferiti al solo anno 2001) rispetto all'iscrizione nel registro delle imprese, secondo il sistema di classificazione descritto dall'art.3 d.m. n.274/97. Il Consiglio di Stato rileva che la documentazione riassunta in tale sistema di classificazione attiene alla verifica del possesso dei requisiti minimi e non implica l'automatica qualificazione alla gara dell'impresa iscritta per la classifica di riferimento. Conclusione avvalorata nel caso degli appalti del

servizio di pulizia dal fatto che l'elenco di cui al d.m. n.274/97 omette di distinguere il tipo di servizi svolti dall'impresa iscritta e si limita a trattare l'attività di pulizia unitariamente ed indistintamente. Più in particolare, il Consiglio afferma che non è irragionevole la prescrizione che riferisce il fatturato realizzato nel triennio a servizi di pulizia resi in ambiti sanitari, poiché mira alla verifica di un'esperienza specifica maturata nel settore della pulizia sanitaria, conformemente al dettato dell'art.13, comma 1, lett.c), d. lgs. n.157/95, che, laddove riferisce il fatturato necessario a comprovare la capacità economica dell'impresa "ai servizi identici a quello oggetto della gara", intende affermare la necessità di attestare l'esperienza maturata nell'esercizio delle stesse prestazioni che dovranno essere rese in esecuzione del contratto alla cui stipulazione è preordinata la gara (l'identità dei servizi non può essere intesa con esclusivo riferimento all'oggetto indefinito dell'attività - e cioè, nel caso di specie, ai servizi di pulizia - ma va anche riferita alla tipologia delle strutture destinatarie delle prestazioni). Del pari non irragionevole sarebbe, a secondo il giudice d'appello (che su tale punto ha dissentito dalla pronuncia appellata del Tar Liguria: Sezione II n.20/2003) la clausola del bando che riferisce il fatturato a servizi di pulizia di strutture ospedaliere dotate di più di 500 posti letto.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito il testo della sentenza numero 7259 del 2 agosto 2007 emessa dal Tar Lazio, Roma

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (sezione Terza - bis), composto dai signori:

presidente

consigliere rel.

Arzillo

consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2605 del 2007, proposto

da

DITTA ALFA s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e ***** ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. ***** in Roma, alla Via Flaminia n. 195;

contro

Istituto Poligrafico e ***** dello Stato s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede - in Roma, alla Via dei Portoghesi, n. 12 - domicilia per legge;

e nei confronti di

Deloitte & Touche, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del bando di gara per “l'appalto delle attività di controllo contabile ai sensi dell'art. 2049 ter C.C. e revisione contabile del bilancio di esercizio dell'Istituto Poligrafico e ***** dello Stato Spa e del bilancio consolidato del Gruppo ISPZ per gli esercizi 2007-2008-2009” pubblicato il 3 febbraio 2007 sulla GUCE, nonché degli atti attinenti alla medesima procedura competitiva e di ogni altro atto antecedente o presupposto, attuativo, esecutivo, consequenziale o comunque connesso.

e per il risarcimento

di ogni danno, materiale o immateriale, che la ricorrente abbia subito o dovesse subire in corso di causa, in relazione all'illegittimità degli atti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 24 maggio 2007 il consigliere*****.
***** e uditi i difensori delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO-DIRITTO

1.- L'Istituto Poligrafico e ***** dello Stato indiceva con il bando di gara in epigrafe una gara per il controllo, la revisione e la certificazione contabile della propria attività.

Alla gara intendeva partecipare la ricorrente DITTA ALFA s.p.a. (inde, Mazars), società di revisione contabile iscritta all'albo speciale CONSOB, e come tale autorizzata alla revisione e certificazione di tutte le società quotate presso la Borsa italiana.

In particolare, la Mazars, che dispone di 9 sedi sul territorio nazionale, di 170 dipendenti nel settore Revisione contabile per un fatturato annuo di circa 30 milioni di euro, risulta collocata, per numero di dipendenti e fatturato, al quinto posto tra le società di revisione presenti in Italia; essa è poi parte del gruppo internazionale DITTA ALFA presente in 58 paesi del Mondo con 13.000 dipendenti e 508 milioni di euro di fatturato annuo.

In ragione del fatto che, in sede dei requisiti comprovanti la capacità economica, finanziaria e tecnica, il bando di gara imponeva ai partecipanti, a pena di esclusione, alcune prescrizioni - a detta della ricorrente - "irragionevoli e contraddittorie tra loro" (che l'impresa: abbia certificato negli ultimi tre esercizi i bilanci di almeno tre soggetti pubblici/privati con fatturato annuo non inferiore a un miliardo di euro; possieda almeno un numero medio di manager impiegati nel triennio 2003-2004-2005 non inferiore a 700; disponga di un fatturato nel settore oggetto di appalto negli ultimi tre esercizi non inferiore a un milione di euro per anno), la Mazars, in possesso di tutti i requisiti richiesti dal bando ad eccezione di quello concernente i settecento managers impiegati, si attivava presso l'amministrazione, con lettera del 5 marzo 2007, sollecitando un chiarimento.

L'amministrazione replicava, con lettera del successivo 16 marzo, ribadendo la legittimità del proprio operato e puntualizzando, quanto al personale delle società ammesse a partecipare (organico medio annuo complessivamente non inferiore a 700 unità), che "l'Istituto ha ritenuto di richiedere in capo alla società un'organizzazione tale da garantire la possibilità di adibire al servizio oggetto dell'appalto (sia per la sede di Roma che per quella di Foggia) un adeguato numero di personale qualificato".

1.1.- Rilevando l'incongruenza tra la modesta cifra posta a base di gara (240.000 euro per tre anni) e i "draconiani requisiti" di capacità tecnica richiesti dal bando, in particolare con riguardo all'impiego annuo di settecento managers, la Mazars, con atto notificato il 22 marzo 2007, impugnava il bando di gara, chiedendo in via preliminare l'adozione di idonea misura cautelare.

La ricorrente deduceva, in diritto, i seguenti motivi: violazione e falsa applicazione dell'art. 42 d.lgs. 16

del d.lgs.3/2006 e dei principi sull'evidenza pubblica di diritto italiano e comunitario; erronea rappresentazione dei fatti, illogicità e irragionevolezza; carenza e insufficienza della motivazione, in relazione alla legge

n. 241 del 1990;

eccesso e

sviamento di potere.

Premesso che procedura in questione ricade nell'ambito dell'applicazione del d.lgs. n. 163/2006, come del resto confermato dal richiamo contenuto in proposito nel bando di gara, nella specie sarebbe violato l'art. 42 del d.lgs n. 163/2006, avente a oggetto la "capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori dei servizi", nella parte in cui, ribadendo la possibilità per le amministrazioni di richiedere ai ricorrenti la prova delle proprie capacità tecniche, sancisce che "le informazioni richieste non possono eccedere l'oggetto dell'appalto" (terzo comma); tanto sarebbe avvenuto con la procedura impugnata, atteso che per un lavoro del valore di 80.000 euro, è stato chiesto ai concorrenti il requisito di aver impiegato 700 managers nel reinnio precedente.

L'amministrazione avrebbe nella specie violato il principio di proporzionalità

- implicante un rapporto di adeguatezza tra il valore e la complessità dell'appalto, da un lato, e i requisiti posti a pena di esclusione - del resto ben presente nell'ordinamento fin dalla legge fin dalla legge n. 584/1977 e poi enunciato, proprio in materia di appalti di servizi, dall'art. 13 del d.lgs, n. 157/1995, oggi trasfuso nel precitato art. 42 del d.lgs. n. 163/2006.

La portata di tale ultima norma è stata più volte chiarita dalla giurisprudenza amministrativa affermandosi che il rispetto del richiamato principio di proporzionalità, di derivazione comunitaria, postula che, in tema di contratti della pubblica amministrazione, vi sia coerenza tra i requisiti richiesti e l'oggetto dell'affidamento.

Imporre - come nel caso di specie in relazione al numero minimo di managers impiegati - requisiti manifestamente sproporzionati rispetto al servizio posto a gara genera una irragionevole limitazione della

platea di possibili partecipanti alla gara e un'irragionevole discriminazione tra possibili concorrenti.

Peraltro l'amministrazione, alla quale va riconosciuta la discrezionalità nel richiedere ai partecipanti alla gara requisiti anche stringenti purché ragionevoli, avrebbe dato mano a un bando incoerente e contraddittorio, avuto riguardo all'oggetto dell'appalto che riguarda la revisione contabile e la certificazione del bilancio; tale discrasia rileverebbe non soltanto con riferimento al censurato requisito numerico del personale impiegato, ma anche con le altre due condizioni previste a pena di esclusione (l'aver fatturato nel triennio precedente almeno un milione di euro/anno nel settore oggetto dell'appalto e l'aver certificato bilanci per almeno un miliardo di fatturato).

2.- Nel giudizio si costituiva l'Istituto intimato eccependo in limine l'inammissibilità del gravame in quanto la società ricorrente ha impugnato il bando di gara senza avere però presentato domanda di partecipazione alla gara stessa.

3.- Alla camera di consiglio del 13 aprile 2007, nella sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 23-bis, comma 3, della l. 1034/1971, è stata fissata la discussione nel merito del ricorso alla pubblica udienza del 24 maggio 2007.

4.- Preliminarmente va esaminata l'eccezione pregiudiziale di inammissibilità del ricorso sollevata dall'Istituto resistente nel rilievo che, in assenza della presentazione dell'offerta da parte della DITTA ALFANEL termine e con le modalità fissate nel bando di gara, l'impugnazione del solo bando, come proposta, non risulterebbe assistita da un interesse giuridicamente apprezzabile.

4.1.- L'eccezione non è fondata per le ragioni condivisibilmente esposte dalla società ricorrente.

Invero, quest'ultima, in quanto interessata allo svolgimento del servizio oggetto dell'appalto, si era tempestivamente rivolta all'amministrazione appaltante, con la precitata lettera del 5 marzo 2007, per chiedere chiarimenti in ordine alla clausola ritenuta ostativa alla partecipazione alla gara, rappresentando, in particolare, come "l'esigenza di un numero medio annuo di dipendenti non inferiore a 700" appariva "non coerente con le dimensioni dell'Istituto e la natura e la complessità dell'incarico".

E' confermato che, con risposta del successivo 16 marzo, l'amministrazione replicava come "il requisito numerico relativo all'organico" fosse da considerarsi per il bando necessario, ai fini della partecipazione alla gara, per l'esigenza "di garantire in concreto il regolare svolgimento del servizio oggetto dell'appalto".

Nella descritta situazione è evidente come l'unico percorso praticabile dalla DITTA ALFAper rimuovere l'ostacolo alla propria partecipazione alla gara (costituita dal mancato possesso del precitato requisito numerico) era costituito dal rimedio giurisdizionale da rivolgersi tempestivamente nei riguardi del bando di gara e segnatamente della clausola che ne impediva la partecipazione alla procedura concorsuale.

Quanto precede porta ad affermare che l'iniziativa giurisdizionale della società ricorrente è certamente assistita da un interesse qualificato e quindi giuridicamente apprezzabile.

4.2.- Deve poi, sempre sul tema dell'interesse all'impugnativa, ulteriormente disattendersi la prospettazione difensiva, che fa leva sull'insegnamento tracciato con l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 1/2003, per inferire che la domanda di partecipazione alla gara sarebbe pur sempre "indispensabile al fine di qualificare il ricorrente come il destinatario identificato...ad evidenziare l'interesse concreto all'impugnazione".

Come opposto dalla ricorrente, è ben vero, diversamente, che la decisione dell'adunanza plenaria, lungi dall'esprimere il principio ora enunciato, si limita a confermare che "le clausole del bando che debbono essere immediatamente impugnate sono, di norma, quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione, dal momento che la loro asserita lesività non si manifesta e non opera per la prima volta con l'aggiudicazione, bensì nel momento anteriore nel quale tali requisiti sono stati assunti come regole per l'amministrazione".

Va peraltro osservato, proprio con pertinente riferimento al thema decidendum, che la decisione de qua ha affermato l'onere di immediata e autonoma impugnazione del bando con riferimento a clausole che impongano, ai fini della partecipazione, "oneri manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara" tali da comportare "l'impossibilità, per l'interessato, di accedere alla procedura ed il conseguente arresto procedimentale".

Orbene, poiché nella vicenda all'esame è incontestato che la regola selettiva del requisito numerico relativo all'organico (del cui carattere sproporzionato si dirà più oltre) si poneva come preclusiva della partecipazione alla gara della Mazars, non par dubbio che questa era legittimata a impugnare direttamente, ed esclusivamente, il bando di gara indipendentemente dalla circostanza dell'aver presentato domanda di partecipazione alla contestata procedura concorsuale.

A meno che non voglia ritenersi, valorizzando il processo come esercitazione di sterili ritualismi e non come luogo di reale composizione degli interessi sostanziali incisi da provvedimenti illegittimi, che, in tema di procedure contrattuali indette dalla p.a., l'ammissibilità dell'impugnativa giurisdizionale postuli pur sempre e comunque la partecipazione dell'impresa ricorrente alle procedure medesime.

E' da dire, peraltro, che questo stesso Collegio si è di recente pronunciato in subiecta materia (sent. 23 gennaio 2007, n. 428) statuendo che se, in linea generale, l'impresa non partecipante a una gara di appalto deve ritenersi priva di legittimazione attiva all'impugnativa della procedura concorsuale, ciò non

vale nel caso in cui l'impresa deduca vizi incidenti sulla possibilità di partecipare alla gara e di presentare la sua offerta.

Tale approdo interpretativo è del resto consonante alla giurisprudenza, cui ha fatto riferimento la ricorrente in sede di confutazione dell'eccezione pregiudiziale posta dalla resistente, secondo cui "i principi desumibili dalle norme comunitarie (come anche interpretati dalla Corte di giustizia) sono nel senso che l'interesse degli operatori economici a partecipare alle pubbliche gare ha rilievo talmente incisivo da doversene ammettere la tutela anticipata, contro il bando di gara, anche senza la presentazione dell'offerta, allorché le clausole siano talmente chiare nel prevedere l'esclusione dell'aspirante, sulla base dei requisiti di partecipazione richiesti, da rendere inutile ed antieconomico esigere la previa qualificazione mediante la presentazione dell'offerta, spesso fortemente onerosa".

Alla stregua di quanto precede va dichiarata l'ammissibilità del ricorso.

5.- Oltre che ammissibile il ricorso è fondato sotto l'assorbente profilo della violazione del principio di proporzionalità che implica un rapporto di adeguatezza tra il valore dell'appalto ovvero l'oggetto dell'affidamento e i requisiti richiesti per partecipare alla relativa gara.

Occorre puntualizzare che il principio di proporzionalità, di derivazione comunitaria (esso è stato introdotto con il Trattato di Maastricht nell'art. 5 del Trattato della Comunità europea), è principio generale dell'ordinamento (cfr. sul punto, e da ultimo la decisione della Terza Sezione di questo Tribunale n. 563 in data 25 gennaio 2017); in ragione di tale sua valenza, il principio deve sempre sostenere l'azione amministrativa e postula, in via generale, che la p.a., nel perseguimento delle finalità istituzionali, debba adottare la soluzione idonea e adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti.

Come è stato osservato (CdS, V, 14 aprile 2006, n. 2087), del principio di proporzionalità si fa applicazione maggiormente in materia di limitazione del diritto di proprietà, di attività di autotutela, di ordinanze di necessità e di urgenza, di irrogazioni di sanzioni e di diritto ambientale.

In materia contrattuale della p.a. il principio, come si evidenzia in ricorso, ha trovato a ben vedere positiva formalizzazione a partire dalla l. 8 agosto 1977, n. 584 ("Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea") laddove, in sede di enumerazione degli elementi comprovanti la capacità tecnica dell'imprenditore, si precisava che "Nel bando di gara viene indicato, in relazione alla natura e all'importo dei lavori, quali delle suddette referenze devono essere presentate" (art. 14, comma 2).

Un'eco del suddetto principio sembra poi potersi rinvenire, proprio nella specifica materia degli appalti di servizi, nell'art. 14, comma 3, del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 (norma ora trasfusa nel d.lgs. 163/2006) che, in ordine alla capacità tecnica dei concorrenti negli appalti in questione, imponeva che "Le informazioni di cui all'art. 13 e quelle di cui al comma 1 non possono eccedere l'oggetto dell'appalto".

Con riferimento alla fonte legislativa da ultimo menzionata, la giurisprudenza, secondo la puntuale ricognizione offerta dalla ricorrente, ha affermato che negli appalti in questione l'integrazione delle previsioni specificatamente previste dalla norme di riferimento (artt. 13 e 14 d.lgs. 157/1995), "con

requisiti ulteriori e più stringenti nella lex specialis di gara, presuppone comunque il rispetto dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità” (Tar Lombardia, Milano, III, 24 febbraio 1999, n. 628); che “il principio direttamente ricavabile dal regime giuridico dei contratti della Pubblica amministrazione...è quello della necessaria proporzione tra i requisiti richiesti e l’oggetto dell’affidamento” (CdS, V, 13 dicembre 2005, n. 7081); che “la determinazione da parte della Stazione appaltante dei requisiti di cui agli artt. 13 e 14 d.lgs. n. 157 del 1995 incontra il solo limite della loro ragionevolezza che va valutata con specifico riferimento all’oggetto dell’appalto e alle sue caratteristiche particolari, nel rispetto dei principi, di derivazione comunitaria ed immanenti nell’ordinamento nazionale, di ragionevolezza e proporzionalità, in relazione alle finalità di assicurare la libera concorrenza” (Tar Toscana, I, 20 ottobre 2004, n. 5000).

Orbene, nel caso di specie non può di certo affermarsi che l’amministrazione abbia agito in osservanza del principio di proporzionalità, secondo l’esplicitazione esegetica operata dalla riportata giurisprudenza, avendo l’impugnato bando di gara imposto requisiti di partecipazione manifestamente sproporzionati rispetto al servizio oggetto dell’affidamento.

E’ di solare evidenza infatti che non vi è alcun nesso di adeguatezza tra il valore attribuito dall’amministrazione alle attività poste a base dell’appalto, valore individuato in 240.000 euro per tre anni (e quindi in 80.000 euro per anno) e i requisiti (icasticamente definiti “draconiani” dalla parte ricorrente) di capacità tecnica imposti ai partecipanti, specie con riferimento al censurato requisito numerico relativo all’organico di settecento unità di managers mediamente impiegati nel triennio di riferimento.

Non valgono a superare l’incongruenza di tale previsione le ragioni giustificative opposte dall’amministrazione in risposta alla nota di chiarimenti inviata dalla ricorrente in data 5 marzo 2007: invero, non può stabilirsi alcuna ragionevole correlazione tra l’indicato numero di dipendenti medi nell’ultimo triennio e l’esigenza sottesa al loro impiego nelle due distinte sedi operative di Roma e di Foggia, anche in ragione della circostanza che lo stesso bando prevedeva (punto 2.1 lett. d) che l’impresa, in caso di aggiudicazione definitiva, avrebbe dovuto dichiarare di impegnarsi a istituirle entro trenta giorni dalla relativa comunicazione.

Sotto altro verso, proprio in omaggio al ricordato principio di proporzionalità che si materializza nel divieto di esigere che i partecipanti alla gara dimostrino una capacità tecnica macroscopicamente debordante dall'oggetto dell'appalto, non può sottacersi la rilevata contraddittorietà e l'incongruenza tra le attività poste a base di quest'ultimo, e cioè la revisione contabile e la certificazione di bilancio, e gli ulteriori

requisiti indicati nel bando concernenti l'aver l'impresa fatturato nei tre anni precedenti almeno un milione di euro/anno nel settore oggetto dell'appalto, nonché l'aver certificato bilanci per almeno un miliardo di fatturato.

A tale riguardo, è ben vero, secondo la puntualizzazione difensiva dell'Istituto resistente, che la ricorrente, in quanto in possesso di tali requisiti, non avrebbe interesse a censurarli; è ben vero però che le censure, come formulate, non si appuntano singulatim sui due requisiti in questione ma involgono il complessivo agire dell'amministrazione nel senso che questa avrebbe (ha) dato mano a un bando di gara perplesso, disarmonico e comunque non ispirato a criteri di ragionevolezza.

Peraltro, la fissazione nel bando di gara di requisiti che per la loro gravosità limitano la platea dei partecipanti alla gara danno corpo al dedotto vizio di violazione dei principi sull'evidenza pubblica, congiuntamente posti dal diritto nazionale e da quello comunitario, atteso che essi rifluiscono sulla finalità di assicurare nelle gare di appalto la massima partecipazione dei concorrenti propedeuticamente orientata a favorirne la libera concorrenza.

Esemplare è infatti il caso di specie: in relazione alla natura e all'importo invero modesto del servizio da appaltare (quantificabile nel valore medio annuo di 80.000 euro) si perviene a escludere dalla procedura concorsuale la ricorrente ancorché essa sia in possesso di una consistente struttura societaria tale da collocarla tra le prime società di revisione in Italia.

6.- Per tutte le considerazioni che precedono il ricorso va accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento del bando di gara impugnato.

La domanda risarcitoria va però respinta essendo stata formulata in via ipotetica e prospettata in modo generico.

Quanto alle spese di giudizio e agli onorari di causa esse seguono, come di consueto, la soccombenza e vanno liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza bis), pronunciando sul ricorso in epigrafe, così dispone:

a.- l'accoglie e, per l'effetto, annulla il bando di gara impugnato;

b.- respinge la domanda risarcitoria;

c.- condanna l'Istituto soccombente al pagamento delle spese di lite quantificate in complessivi euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) oltre IVA e CPA come per legge.

e.- ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 24 maggio 2007.

Il presidente

dr.

Il consigliere est.

dr.

Il presidente

Il consigliere est.

<https://www.diritto.it/art-42-del-d-lgs-n-1632006-deve-esistere-una-necessaria-coerenza-fra-i-requisiti-richiesti-e-l-oggetto-dell-affidamento-altrimenti-si-genera-una-irragionevole-limitazione-della-platea-di-possibil-2/>