

La possibilità di prevedere requisiti di partecipabilità più severi rispetto a quelli indicati nei menzionati artt. 41 e 42 del D.lgs n. 163/2006 deve essere svolta in maniera tale da non porre criteri discriminanti, illogici e sproporzionati rispetto al

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

E' illogico, ancorché limitativo della partecipazione, a fronte di un importo complessivo dell'accordo quadro stimato, per l'intero quinquennio di validità, in complessivi euro 40.250.000,00 (di cui euro 22.050.000,00 per la fornitura di 100 autobus elettrici ed euro 18.200.000,00 per il servizio di manutenzione full service), che la stazione appaltante richiama, quale requisito di capacità economica per partecipare alla gara (art. 41 D.lgs n. 163/2006), il possesso di un fatturato non inferiore a 10 milioni di euro conseguito nel triennio precedente con riferimento a forniture di autobus elettrici a batterie (di cui almeno il 50% relativo ad autobus elettrici con batterie ad alta tecnologia) e di 8 milioni di euro per i servizi di manutenzione full service di autobus elettrici a batterie?il fatto che alla procedura abbia presentato offerta una sola impresa, può essere di per sé indice di una certa restrizione alla concorrenza attuata attraverso la richiesta di requisiti troppo severi?

In tale contesto di riferimento ritiene il Collegio che, al contrario di quanto dedotto dalla parte resistente, nella fattispecie in esame non si pone in questione la libertà valutativa della stazione appaltante in merito all'individuazione dei parametri di consistenza della capacità finanziaria, economica e tecnica necessaria per l'assunzione di un determinato servizio; in altri termini, nella fattispecie non viene attentata la libertà valutativa propria della discrezionalità tecnica che compete all'Amministrazione circa la (migliore) determinazione dei criteri e dei parametri discriminanti per la scelta del miglior contraente in quanto tale libertà dell'Amministrazione è pur sempre limitata da riferimenti logici e giuridici che derivano dalla garanzia del rispetto di principi fondamentali altrettanto necessari nell'espletamento delle procedure di gara, quali quelli della più ampia partecipazione all'espletamento delle gare medesime e del rispetto del generale buon andamento dell'azione amministrativa. Secondo il Collegio, invero, il razionale giusto discrimine tra le due opposte manifestate tendenze (quella della libertà valutativa dell'Amministrazione da un lato e dall'altro quella della più ampia partecipazione e del buon andamento dell'azione amministrativa), è dato proprio dalla meditata disamina delle singole fattispecie per cui, nel caso in esame, **non può essere ritenuto legittimo il criterio menzionato in quanto il fatturato richiesto**

per la partecipazione alla gara in argomento non tiene in debita considerazione la reale struttura del mercato di che trattasi (fornitura di autobus elettrici ad alta tecnologia e relativo servizio di manutenzione), che non risulta smentito si tratti di un settore nuovo che solo di recente si sta aprendo alla concorrenza in ragione dell'ingresso di nuove imprese. Non può poi non rilevarsi come la gara indetta dall'ATAC ha una durata quinquennale e che le prestazioni richieste hanno un valore annuale pari a circa 4 milioni di euro per la fornitura di autobus e 3,5 milioni per il servizio di manutenzione. **Da ciò consegue che il fatturato richiesto ai concorrenti (pari a 10 milioni per le forniture nel triennio e 8 milioni per la manutenzione), proprio in ragione della peculiarità del mercato unita all'oggettiva tipologia della gara in esame, si riveli illogico e tale da determinare una irrazionale sproporzione tra i criteri di filtro di partecipazione alla selezione; né tale illogicità può ritenersi in qualche modo superabile per le specifiche caratteristiche della procedura in esame.** Del resto, è stato confermato dalla stessa ATAC che, **alla scadenza del termine di presentazione delle offerte fissato nel bando, una sola impresa abbia partecipato alla procedura di gara,** indizio chiaro, seppure acquisito ex post, di una restrizione della concorrenza causata dai requisiti stringenti indicati a pena di esclusione dalla stazione appaltante.

Fondamentale appare il parere espresso dal Tar Lazio, Roma attraverso la sentenza numero 11147 del 10 dicembre 2008 in tema di tutela della concorrenza e di massima partecipazione possibile

Le censure si rivelano fondate.

Come precisato nella parte in fatto, a fronte di un importo complessivo dell'accordo quadro stimato, per l'intero quinquennio di validità, in complessivi euro 40.250.000,00 (di cui euro 22.050.000,00 per la fornitura di 100 autobus elettrici ed euro 18.200.000,00 per il servizio di manutenzione full service), la stazione appaltante ha richiesto, quale requisito di capacità economica per partecipare alla gara (art. 41 D.lgs n. 163/2006), il possesso di un fatturato non inferiore a 10 milioni di euro conseguito nel triennio precedente con riferimento a forniture di autobus elettrici a batterie (di cui almeno il 50% relativo ad autobus elettrici con batterie ad alta tecnologia) e di 8 milioni di euro per i servizi di manutenzione full service di autobus elettrici a batterie.

In tale contesto di riferimento ritiene il Collegio che, al contrario di quanto dedotto dalla parte resistente, nella fattispecie in esame non si pone in questione la libertà valutativa della stazione appaltante in merito all'individuazione dei parametri di consistenza della capacità finanziaria, economica e tecnica necessaria

per l'assunzione di un determinato servizio; in altri termini, nella fattispecie non viene attentata la libertà valutativa propria della discrezionalità tecnica che compete all'Amministrazione circa la (migliore) determinazione dei criteri e dei parametri discriminanti per la scelta del miglior contraente in quanto tale libertà dell'Amministrazione è pur sempre limitata da riferimenti logici e giuridici che derivano dalla garanzia del rispetto di principi fondamentali altrettanto necessari nell'espletamento delle procedure di gara, quali quelli della più ampia partecipazione all'espletamento delle gare medesime e del rispetto del generale buon andamento dell'azione amministrativa.

Secondo il Collegio, invero, il razionale giusto discrimine tra le due opposte manifestate tendenze (quella della libertà valutativa dell'Amministrazione da un lato e dall'altro quella della più ampia partecipazione e del buon andamento dell'azione amministrativa), è dato proprio dalla meditata disamina delle singole fattispecie per cui, nel caso in esame, non può essere ritenuto legittimo il criterio menzionato in quanto il fatturato richiesto per la partecipazione alla gara in argomento non tiene in debita considerazione la reale struttura del mercato di che trattasi (fornitura di autobus elettrici ad alta tecnologia e relativo servizio di manutenzione), che non risulta smentito si tratti di un settore nuovo che solo di recente si sta aprendo alla concorrenza in ragione dell'ingresso di nuove imprese.

Non può poi non rilevarsi come la gara indetta dall'ATAC ha una durata quinquennale e che le prestazioni richieste hanno un valore annuale pari a circa 4 milioni di euro per la fornitura di autobus e 3,5 milioni per il servizio di manutenzione.

Da ciò consegue che il fatturato richiesto ai concorrenti (pari a 10 milioni per le forniture nel triennio e 8 milioni per la manutenzione), proprio in ragione della peculiarità del mercato unita all'oggettiva tipologia della gara in esame, si riveli illogico e tale da determinare una irrazionale sproporzione tra i criteri di filtro di partecipazione alla selezione; né tale illogicità può ritenersi in qualche modo superabile per le specifiche caratteristiche della procedura in esame perché comunque, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza, la possibilità di prevedere requisiti di partecipabilità più severi rispetto a quelli indicati nei menzionati artt. 41 e 42

del D.lgs n. 163/2006 deve essere svolta in maniera tale da non porre criteri discriminanti, illogici e sproporzionati rispetto alla specificità del servizio oggetto dell'appalto, per non restringere (in maniera altrettanto discriminante, illogica ed irrazionale), oltre lo stretto indispensabile, il potenziale numero dei concorrenti.

Del resto, è stato confermato dalla stessa ATAC che, alla scadenza del termine di presentazione delle offerte fissato nel bando, una sola impresa abbia partecipato alla procedura di gara, indizio chiaro, seppure acquisito ex post, di una restrizione della concorrenza causata dai requisiti stringenti indicati a pena di esclusione dalla stazione appaltante.

3. In conclusione, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati>

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 6134/2008 proposto da ALFA. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. ***** nello studio del quale è elettivamente domiciliata in Roma, viale delle Milizie n. 138;

contro

l'Agenzia per la mobilità del Comune di Roma - ATAC s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e ***** nello studio dei quali è elettivamente domiciliata in Roma, Largo Messico n. 7;

per l'annullamento

del bando di **gara** n. 7/2008 con cui l'ATAC ha indetto la procedura aperta per la stipula di un accordo quadro della durata di cinque anni per la fornitura di n. 100 bus autobus elettrici a batteria innovativa ad alta capacità con manutenzione full service.

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTO l'atto di costituzione in giudizio dell'ATAC s.p.a.;

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

VISTI gli atti tutti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 10 novembre 2008 il Primo Ref. *****;

Uditi, ai preliminari, l'avv. ***** , in sostituzione dell'avv. ***** , per la ricorrente e l'avv. ***** per l'Agenzia resistente;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in esame, la società istante ha impugnato, per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, il bando di **gara** n. 7/2008 con cui l'ATAC ha indetto la procedura aperta per la stipula di un accordo quadro della durata di cinque anni per la fornitura di n. 100 autobus elettrici a batteria innovativa ad alta capacità con manutenzione full service.

La ricorrente, in particolare, censura la legittimità della clausola del bando contenuta nel punto 13 lett. a) che richiede ai partecipanti, quale requisito di ammissione alla procedura, il possesso di un fatturato non inferiore a 10 milioni di euro conseguito nel triennio precedente con riferimento a forniture di autobus elettrici a batterie (di cui almeno il 50% relativo ad autobus elettrici con batterie ad alta tecnologia).

Allo stesso modo, la società contesta l'altro requisito previsto nel punto 13 lett. b del bando che richiede, per la partecipazione alla **gara**, l'attestazione di aver conseguito un fatturato non inferiore a 8 milioni di euro conseguito nel triennio precedente con riferimento a servizi di manutenzione full service di autobus elettrici a batterie.

L'importo complessivo dell'accordo quadro indetto dall'Agenzia resistente è stato stimato, per l'intero quinquennio di validità, in complessivi euro 40.250.000,00, di cui euro 22.050.000,00 per la fornitura degli autobus elettrici ed euro 18.200.000,00 per il servizio di manutenzione full service.

Al riguardo, la ricorrente ha proposto il seguente motivo:

- eccesso di potere, sussistente in relazione alla richiesta di possesso dei partecipanti dei requisiti di cui ai punti 13 lett. a) e 13 lett. b) per violazione dei principi di non discriminazione, trasparenza e proporzionalità; illogicità per incongruenza con il fine pubblico della **gara** e per violazione del principio del favor participationis; violazione degli artt. 41 e 42 del D.lgs n. 163/2006.

I requisiti di partecipazione richiesti nei punti 13 lett. a) e b) del bando risultano irragionevoli e sproporzionati in relazione alla natura ed al valore dell'appalto.

Ciò in quanto il settore di riferimento (fornitura e manutenzione di autobus elettrici ad alta tecnologia) è un mercato nuovo che solo di recente si sta aprendo a nuove imprese.

Ciò non consente ai nuovi operatori del settore di aver già conseguito i fatturati richiesti dal bando di **gara**.

A ciò si aggiunga che la prima tranche in cui è stata divisa la fornitura degli autobus si aggira intorno ai 10 milioni di euro, che coincide con il fatturato richiesto alle imprese partecipanti, il che viola il principio di proporzionalità.

Il fatturato, poi, è riferito non ad un settore generico ma a quello specifico rappresentato per il 50% da autobus elettrici a batteria e per il restante 50% da automezzi con batterie ad alta tecnologia.

Ciò costituisce una chiara pratica discriminatoria che restringe la platea dei concorrenti alla **gara**.

La previsione del bando viola, poi, l'art. 41 del D.lgs n. 163/2006 nella parte in cui, per la dimostrazione del fatturato, richiama il "settore oggetto della **gara**". Tale richiamo, invero, non legittima la pretesa di richiedere la dimostrazione del requisito con riferimento al settore specifico oggetto della **gara**.

Lo stesso vale con riferimento al fatturato richiesto per il servizio di manutenzione full service di autobus elettrici a batteria (8 milioni nel triennio - punto 13 lett. b) che, combinato con quello di cui al punto 13 lett. a), riduce ancora di più il novero dei partecipanti alla **gara**.

Si è costituita in giudizio l'ATAC eccependo, dapprima, l'inammissibilità del ricorso sotto svariati profili e chiedendone comunque il rigetto perché infondato nel merito.

Alla camera di consiglio fissata per il 14 luglio 2008 (nel corso della quale l'Agenzia resistente ha rappresentato che, alla data di scadenza prevista nel bando, era stata presentata una sola offerta), la Sezione, con ordinanza n. 3595/2008, ha accolto la domanda di sospensiva.

In prossimità della trattazione, le parti hanno depositato memorie insistendo ulteriormente nelle loro rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 10 novembre 2008, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Vanno, in via preliminare, esaminate le numerose eccezioni di inammissibilità sollevate dall'Agenzia resistente.

1.1 Si eccepisce, anzitutto, l'inammissibilità del gravame in quanto, in una analoga precedente **gara** indetta dalla stessa **** (n. 17/04 per la fornitura di 36 autobus elettrici con manutenzione full service di sei anni), l'ATI capeggiata dalla società ***** di cui la ricorrente era mandante, pur essendo risultata aggiudicataria della procedura selettiva, aveva poi rinunciato alla stipulazione del relativo contratto (in relazione al quale ora pende una controversia dinanzi al giudice civile). Ciò costituirebbe la prova della mancanza da parte della ricorrente dei requisiti per partecipare alla presente **gara** (n. 7/08) se non all'interno di un'ATI; a ciò deve aggiungersi il fatto che la società interessata è parte avversa in una controversia giudiziaria con la stazione appaltante.

L'obiezione è infondata.

Con riferimento al fatto che la partecipazione ad un'ATI in una precedente **gara** costituisca la prova dell'assenza in capo alla ricorrente dei requisiti di ammissione, va osservato che l'oggetto del gravame proposto in questa sede riguarda proprio la sproporzione dei requisiti richiesti nel bando di **gara** in esame (n. 7/2008); in altre parole, la parte resistente, con la proposizione di tale eccezione, tenta di dimostrare - peraltro in via presuntiva - ciò che invece è ancora tutto da dimostrare quando si procederà all'esame nel merito delle censure proposte dalla ricorrente.

La circostanza, poi, che la società interessata sarebbe parte avversa di un contenzioso avviato con la stazione appaltante riguardante una precedente **gara** (n. 17/04) si rivela inconferente posto che il "ventilato conflitto di interessi" non è tale da escludere l'interesse della ricorrente a promuovere il presente ricorso che riguarda l'affidamento di un appalto di fornitura e servizi del tutto distinto, seppure

di oggetto analogo, da quello di cui alla predetta controversia instaurata dinanzi all'A.G. ordinaria.

1.2 La seconda eccezione riguardante l'omessa notifica ad almeno un controinteressato è altrettanto infondata.

La ricorrente contesta, invero, la sproporzione dei requisiti di ammissione alla **gara** in argomento tanto che la sua partecipazione avrebbe determinato la sicura esclusione dalla procedura (la società istante non ha infatti presentato alcuna offerta).

In ogni caso, va osservato che la **gara**, alla quale risulta aver partecipato un solo concorrente, non è stata espletata in ragione dell'accoglimento della domanda cautelare da parte della Sezione (ordinanza n. 3595/2008) e, pertanto, non si è addivenuti all'individuazione di alcun aggiudicatario, unico evento che avrebbe imposto la notifica al controinteressato ormai individuato in ragione dell'adozione dell'atto di aggiudicazione finale (per tutte TAR Lazio, sez. I, 22 gennaio 2004, n. 634).

1.3 L'ATAC eccepisce poi la tardività del ricorso in quanto notificato in data 3 giugno 2008 quando la pubblicazione del bando sulla GUCE è avvenuta il 1° aprile 2008.

L'obiezione è infondata in quanto il dies a quo da prendere come riferimento per la decorrenza del termine di impugnazione del bando di **gara** è, ai sensi dell'art. 66, comma 8, del D.lgs n. 163/2006, la data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana avvenuta il 4 aprile 2008 (GURI n. 40). Da ciò deriva la tempestività dell'impugnativa proposta dalla ricorrente.

1.4 L'Agenzia resistente deduce, poi, una serie di profili di inammissibilità che si rivelano oltremodo infondati.

Infondata si rivela l'obiezione circa la genericità dei motivi in quanto le censure proposte con il ricorso e sintetizzate nella parte in fatto si rivelano chiare ed espongono in maniera esaustiva profili di illegittimità del bando di **gara** che dovranno essere oggetto di valutazione in sede di esame del merito della presente impugnativa.

Si tratta, invero, di censure che attengono non al merito dell'azione amministrativa bensì al corretto esercizio della discrezionalità da parte della stazione appaltante posto che un'irragionevole e sproporzionata indicazione dei requisiti di ammissione alla **gara** è in grado, mutuando principi di derivazione comunitaria, di provocare un ingiustificato restringimento della concorrenza tra le imprese del settore, vanificando uno degli obiettivi delle regole poste a presidio delle procedure ad evidenza pubblica.

Né inammissibile può ritenersi l'impugnativa in ragione della mancata presentazione dell'offerta da parte della ricorrente.

È opinione ormai prevalente della giurisprudenza amministrativa quella secondo cui il ricorso deve ritenersi ammissibile quando investe una clausola del bando richiedente un requisito di ammissione alla procedura non posseduto dall'interessata tanto che, come nel caso di specie, la presentazione della domanda di partecipazione si sarebbe risolta in un inutile formalismo (cfr, tra le tante, Cons. St., Ad. pl., 29 gennaio 2003, n. 1, Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207 e 10 ottobre 2006, n. 6026; T.A.R. Veneto, sez. I, 8 novembre 2006, n. 3739; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 30 maggio 2007, n. 573, Cons. Giust. amm. Reg. Sic, 27 ottobre 2006, n. 615, T.A.R. Lombardia, sez. I, 17 gennaio 2007, n. 50 e T.A.R. Piemonte, 16 gennaio 2007, n. 10).

2. Esaurito l'esame delle eccezioni sollevate dalla parte resistente, può ora passarsi al merito della controversia.

Le censure si rivelano fondate.

Come precisato nella parte in fatto, a fronte di un importo complessivo dell'accordo quadro stimato, per l'intero quinquennio di validità, in complessivi euro 40.250.000,00 (di cui euro 22.050.000,00 per la fornitura di 100 autobus elettrici ed euro 18.200.000,00 per il servizio di manutenzione full service), la stazione appaltante ha richiesto, quale requisito di capacità economica per partecipare alla **gara** (art. 41 D.lgs n. 163/2006), il possesso di un fatturato non inferiore a 10 milioni di euro conseguito nel triennio precedente con riferimento a forniture di autobus elettrici a batterie (di cui almeno il 50% relativo ad autobus elettrici con batterie ad alta tecnologia) e di 8 milioni di euro per i servizi di manutenzione full service di autobus elettrici a batterie.

In tale contesto di riferimento ritiene il Collegio che, al contrario di quanto dedotto dalla parte resistente, nella fattispecie in esame non si pone in questione la libertà valutativa della stazione appaltante in merito all'individuazione dei parametri di consistenza della capacità finanziaria, economica e tecnica necessaria per l'assunzione di un determinato servizio; in altri termini, nella fattispecie non viene attentata la libertà valutativa propria della discrezionalità tecnica che compete all'Amministrazione circa la (migliore) determinazione dei criteri e dei parametri discriminanti per la scelta del miglior contraente in quanto tale libertà dell'Amministrazione è pur sempre limitata da riferimenti logici e giuridici che derivano dalla garanzia del rispetto di principi fondamentali altrettanto necessari nell'espletamento delle procedure di **gara**, quali quelli della più ampia partecipazione all'espletamento delle gare medesime e del rispetto del generale buon andamento dell'azione amministrativa.

Secondo il Collegio, invero, il razionale giusto discrimine tra le due opposte manifestate tendenze (quella della libertà valutativa dell'Amministrazione da un lato e dall'altro quella della più ampia partecipazione e del buon andamento dell'azione amministrativa), è dato proprio dalla meditata disamina delle singole fattispecie per cui, nel caso in esame, non può essere ritenuto legittimo il criterio menzionato in quanto il fatturato richiesto per la partecipazione alla **gara** in argomento non tiene in debita considerazione la reale struttura del mercato di che trattasi (fornitura di autobus elettrici ad alta tecnologia e relativo servizio di manutenzione), che non risulta smentito si tratti di un settore nuovo che solo di recente si sta aprendo alla

concorrenza in ragione dell'ingresso di nuove imprese.

Non può poi non rilevarsi come la **gara** indetta dall'ATAC ha una durata quinquennale e che le prestazioni richieste hanno un valore annuale pari a circa 4 milioni di euro per la fornitura di autobus e 3,5 milioni per il servizio di manutenzione.

Da ciò consegue che il fatturato richiesto ai concorrenti (pari a 10 milioni per le forniture nel triennio e 8 milioni per la manutenzione), proprio in ragione della peculiarità del mercato unita all'oggettiva tipologia della **gara** in esame, si riveli illogico e tale da determinare una irrazionale sproporzione tra i criteri di filtro di partecipazione alla selezione; né tale illogicità può ritenersi in qualche modo superabile per le specifiche caratteristiche della procedura in esame perché comunque, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza, la possibilità di prevedere requisiti di partecipabilità più severi rispetto a quelli indicati nei menzionati artt. 41 e 42

del D.lgs n. 163/2006 deve essere svolta in maniera tale da non porre criteri discriminanti, illogici e sproporzionati rispetto alla specificità del servizio oggetto dell'appalto, per non restringere (in maniera altrettanto discriminante, illogica ed irrazionale), oltre lo stretto indispensabile, il potenziale numero dei concorrenti.

Del resto, è stato confermato dalla stessa ATAC che, alla scadenza del termine di presentazione delle offerte fissato nel bando, una sola impresa abbia partecipato alla procedura di **gara**, indizio chiaro, seppure acquisito ex post, di una restrizione della concorrenza causata dai requisiti stringenti indicati a pena di esclusione dalla stazione appaltante.

3. In conclusione, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati.

4. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio, attesa proprio la peculiarità del settore oggetto della **gara**.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. Seconda Ter, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 10 novembre 2008, con l'intervento dei magistrati:

***** _

Presidente

***** - Componente

***** - Componente est.

<https://www.diritto.it/la-possibilita-di-prevedere-requisiti-di-partecipabilita-piu-severi-rispetto-a-quelli-indicati-nei-menzionati-artt-41-e-42-del-d-lgs-n-1632006-deve-essere-svolta-in-maniera-tale-da-non-porre-crite/>