

## **Si palesa l'esigenza di non trasformare la riunione di imprese in uno strumento elusivo delle regole impositive di un livello minimo di capacità per la partecipazione agli appalti**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

E' pur vero che la valutazione dell'idoneità tecnica, finanziaria ed economica dei raggruppamenti, quando si riferisce ad aspetti di carattere oggettivo (come il fatturato), va effettuata, in via di principio, cumulativamente, tenendo conto della sommatoria dei mezzi e delle qualità che fanno capo a tutte le imprese raggruppate.

Nel caso di specie

il requisito di partecipazione richiesto espressamente dal disciplinare di gara non era, pacificamente, in possesso del mandante dell'ATI che, pertanto, non può trasformarsi in uno strumento elusivo delle regole di partecipazione, fissate per tutti identicamente e inequivocabilmente (non dando luogo a nessun dubbio ermeneutico) per tutti i partecipanti.

Il Collegio, inoltre, come già affermato esaurientemente in sede cautelare, ritiene che non sia sufficiente, nel caso di specie, la mera titolarità di un precedente contratto da parte della controinteressata o di una sua impresa componente, ove concretamente non sia stata effettuato nessun servizio del tipo richiesto e, quindi, non sia stato conseguito alcun fatturato in relazione al servizio medesimo, ma soltanto in relazione al servizio di pulizia.

Di conseguenza, tale precedente contratto non era idoneo a dimostrare la sussistenza del requisito richiesto per ogni mandante ai fini della partecipazione alla gara, mandante che avrebbe dovuto

dimostrare di aver svolto (svolto, quindi, e non semplicemente partecipato ad un ATI in cui altri hanno svolto tale servizio), relativamente al Lotto 3 (pag. 7 disciplinare di gara), servizi di reception e sorveglianza in strutture residenziali collettive per un importo pari almeno a euro 300.000,00, pari al 10% del valore di euro 3.000.000,00 indicato al punto s) nel disciplinare di gara.

La brillante difesa di parte resistente propone una serie di argomenti, legati all'inapplicabilità di detta clausola alle associazioni verticali, quali quella della controinteressata che sarebbero da ritenersi fondate, se la clausola in oggetto, di cui si è ampiamente parlato presentasse almeno un profilo di ambiguità che consentisse un'operazione ermeneutica, da parte del giudice, del tipo di quella pretesa da detta difesa.

Tuttavia, come detto, così non è.

La clausola si presenta del tutto cristallina ed evidenzia la necessità che ogni mandante, per partecipare alla gara, avrebbe dovuto aver svolto, relativamente al Lotto 3 (pag. 7 disciplinare di gara), servizi di reception e sorveglianza in strutture residenziali collettive per un importo pari almeno a euro 300.000,00, pari al 10% del valore di euro 3.000.000,00 indicato al punto s) nel disciplinare di gara, indipendentemente dalla distinzione tra servizi principali e secondari, di cui alla pag. 8 del Disciplinare, atteso che, nella successiva pag. 9, come detto, si inserisce espressamente un requisito di partecipazione che prevede espressamente che le mandanti devono aver una misura minima del 10 % dei requisiti di cui alle lett. s), r) e t), senza alcuna eccezione o distinzione tra tipologie diverse di Raggruppamento; tale eccezione o distinzione dovrebbe essere introdotta ora da questo Giudice per via interpretativa.

Tale operazione ermeneutica, di fronte ad una clausola chiara e priva di ambiguità come quella in oggetto, si deve ritenere vietata.

A cura di \*\*\*\*\*

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2288 del 3 maggio 2010 pronunciata dal Tar Piemonte, Torino

**N. 02288/2010 REG.SEN.**

**N. 00101/2010 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

## **SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 101 del 2010, proposto da:

Societa' Ricorrente Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. \*\*\*\*\*, con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, via Giovanni Giolitti, 1;

### **contro**

Ente Per il Diritto Allo Studio Universitario (\*\*\*\*\*), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. \*\*\*\*\*, con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, via Grassi, 9;

### **nei confronti di**

Controinteressata Cultura S.C.A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*, con domicilio eletto presso l'avv. \*\*\*\*\* in Torino, corso Re Umberto, 65;

Soc. Coop. Sociale \*\*\*\*\* due, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

### **per l'annullamento**

della determinazione 27.11.2009 n. 834, con cui il Direttore dell'E.DI.SU. ha aggiudicato definitivamente alla costituenda R.T.I. rappresentata dalla Soc. Coop. Controinteressata Cultura il Lotto III dell'appalto per l'affidamento della gestione dei servizi di reception, sorveglianza, pulizia, manutenzioni e servizi vari (multi servizi) nelle residenze universitarie e nelle sale studio dell'E.DI.SU. Piemonte;

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e dei verbali riassuntivi delle operazioni di gara;

di tutti gli altri atti presupposti, preordinati o comunque connessi del procedimento compresi gli atti conseguenti alle risultanze delle verifiche ai sensi dell'art. 48 D.Lgs. n. 163/2009;

nonché per il risarcimento dei danni.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ente Per il Diritto Allo Studio Universitario (\*\*\*\*\*);

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata Cultura S.C.A R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25/03/2010 il Primo Referendario dott.  
\*\*\*\*\* e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

Con il ricorso in oggetto, parte ricorrente espone che l'EDISU Piemonte pubblicava un bando di gara per l'aggiudicazione dell'appalto per l'affidamento della gestione dei servizi di reception, sorveglianza, pulizia, manutenzioni e servizi vari (multi servizi) nelle residenze universitarie e nelle sale studio della medesima; ricevute le offerte delle concorrenti aspiranti appaltatrici, la Commissione giudicatrice, nominata per la valutazione delle proposte contrattuali, in data 12.6.2009, si riuniva per avviare l'esame delle stesse, attività che si protraeva fino all'11 novembre 2009, allorché la Commissione di gara aggiudicava, in via provvisoria, alla Riunione temporanea di imprese rappresentata dalla Soc. Coop. CONTROINTERESSATA Cultura, controinteressata, il Lotto 3 dell'appalto indicato in epigrafe.

Secondo parte ricorrente, il provvedimento in epigrafe indicato sarebbe illegittimo, per i seguenti motivi:

1. Violazione di legge in relazione al disciplinare di gara. Violazione di legge in relazione all'art. 48 D.Lgs. n. 163/2009. Eccesso di potere e contraddittorietà manifesta, dedotto anche quale difetto di motivazione e violazione di legge, in relazione all'art. 3 della legge n. 241/1990.

Ciò in quanto, secondo parte ricorrente, il disciplinare di gara (a pag. 8), relativamente ai soggetti ammessi alla procedura, in relazione all'oggetto della gara del Lotto 3, dedicato ai Servizi complementari,

cioè ai servizi di pulizia nelle sale studio e uffici dell'Ente, servizi vari di piccole manutenzioni, emeroteca, fotocopie e stampanti, distribuzione bevande calde, caffetteria, snacks, centralino e call center, stabiliva che, in caso di partecipazione sotto forma di Raggruppamento temporaneo o Consorzio ordinario di concorrenti, di cui all'art. 34 comma 1, lett, d) ed e), D. Lgs. n. 163-06, i requisiti di cui alle precedenti lettere r), s), t) devono essere posseduti dall'operatore economico mandatario per una percentuale non inferiore al 40% di quanto richiesto all'intero Raggruppamento o Consorzio e, per la restante percentuale, cumulativamente dalla Capogruppo e dalle mandanti, ciascuna in misura minima del 10%.

Alle precedenti lettere r), s), t), il Disciplinare di gara stabiliva che il concorrente doveva dichiarare di aver realizzato, nell'ultimo triennio 2006-2007-2008, un fatturato per servizi nel settore oggetto di gara per un importo non inferiore (Lotto 3) ad euro 3.000.000,00 (lett. s).

In tale clausola (sempre lett. s), si precisa che, per servizi nel settore oggetto di gara, si devono intendere le attività di reception e sorveglianza in strutture residenziali collettive rivolte ai giovani di età universitaria e che i servizi devono comprendere entrambe le predette attività di reception e sorveglianza.

Pertanto, ogni mandante, per partecipare alla gara, avrebbe dovuto aver svolto, relativamente al Lotto 3 (pag. 7 disciplinare di gara), servizi di reception e sorveglianza in strutture residenziali collettive, per un importo pari almeno a euro 300.000,00, pari al 10% del valore di euro 3.000.000,00 indicato al punto s) nel disciplinare di gara.

La Soc. Coop. Sociale Controinteressata due, che svolge unicamente attività di pulizia, non risulta in possesso di tale requisito e, quindi, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara unitamente al costituendo raggruppamento di imprese controinteressato, con cui ha partecipato alla gara d'appalto.

Si costituivano l'Amministrazione intimata e il controinteressato chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza di questa sezione n. 101 del 12 febbraio 2010 veniva accolta la domanda di sospensione del provvedimento impugnato.

Alla pubblica udienza del 25 marzo 2010, il ricorso veniva posto in decisione.

## DIRITTO

Rileva il Collegio che, espressamente, il disciplinare di gara (pagg. 6 e 7, lett. r), s) e t), impone, quale requisito di partecipazione, un determinato fatturato nel “settore oggetto di gara”, specificando che con tale locuzione si intendono “le attività di direzione, reception e sorveglianza”.

Tale requisito di partecipazione riguarda espressamente anche le singole mandanti (in percentuale del 10%), come risulta dalla pag. 9 del disciplinare che, espressamente, rinvia alle predette lett. r) s) e t) del disciplinare stesso, senza porre alcuna eccezione.

Pertanto, alla luce del chiaro disposto del disciplinare di gara (non impugnato), in relazione al possesso di tale requisito di partecipazione, richiesto, come detto, espressamente, anche per le mandanti, deve ritenersi indifferente la configurazione del raggruppamento quale raggruppamento orizzontale, verticale (ex pag. 10 del disciplinare) o misto.

Infatti, alla luce del dato letterale sopra riportato, il predetto requisito di partecipazione appare dettato onnicomprensivamente per tutti i partecipanti, in ATI compreso i mandanti.

Come detto, il disciplinare di gara (a pag. 8), relativamente ai soggetti ammessi alla procedura, in relazione all’oggetto della gara del Lotto 3, dedicato ai Servizi complementari, cioè ai servizi di pulizia



nelle sale studio e uffici dell'Ente, servizi vari di piccole manutenzioni, emeroteca, fotocopie e stampanti, distribuzione bevande calde, caffetteria, snacks, centralino e call center, stabilisce che, in caso di partecipazione sotto forma di Raggruppamento temporaneo o Consorzio ordinario di concorrenti, di cui all'art. 34 comma 1, lett. d) ed e), D. Lgs. n. 163-06, i requisiti di cui alle precedenti lettere r), s), t) devono essere posseduti dall'operatore economico mandatario per una percentuale non inferiore al 40% di quanto richiesto all'intero Raggruppamento o Consorzio e, per la restante percentuale, cumulativamente dalla Capogruppo e dalle mandanti, ciascuna in misura minima del 10%.

Alle precedenti lettere r), s), t), il Disciplinare di gara stabilisce che il concorrente deve dichiarare di aver realizzato, nell'ultimo triennio 2006-2007-2008, un fatturato per servizi nel settore oggetto di gara per un importo non inferiore (Lotto 3) ad euro 3.000.000,00 (lett. s).

In tale clausola (sempre lett. s), si precisa che per servizi nel settore oggetto di gara si devono intendere le attività di reception e sorveglianza in strutture residenziali collettive rivolte ai giovani di età universitaria e che i servizi devono comprendere entrambe le predette attività di reception e sorveglianza.

Pertanto, ogni mandante, per partecipare alla gara, avrebbe dovuto aver svolto, relativamente al Lotto 3 (pag. 7 disciplinare di gara), servizi di reception e sorveglianza in strutture residenziali collettive per un importo pari almeno a euro 300.000,00, pari al 10% del valore di euro 3.000.000,00 indicato al punto s) nel disciplinare di gara, indipendentemente dalla distinzione, che propone l'Amministrazione convenuta, tra servizi principali e secondari, di cui alla pag. 8 del Disciplinare, atteso che, nella successiva pag. 9, come detto, si inserisce espressamente un requisito di partecipazione che prevede espressamente che le mandanti devono aver una misura minima del 10 % dei requisiti di cui alle lett. s), r) e t), senza alcuna eccezione o distinzione tra tipologie diverse di Raggruppamento.

La Soc. Coop. Sociale Controinteressata due, che svolge unicamente attività di pulizia, è mandante che non è, pacificamente, in possesso di tale requisito di cui alla lett. s) nella misura del 10% e, quindi, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara unitamente al costituendo raggruppamento di imprese controinteressato, con cui ha partecipato alla gara d'appalto, come sostenuto, condivisibilmente, da parte

ricorrente.

Peraltro, si può osservare, ripetendo quanto già affermato dalla Sezione nell'ordinanza cautelare, che è pur vero che la valutazione dell'idoneità tecnica, finanziaria ed economica dei raggruppamenti, quando si riferisce ad aspetti di carattere oggettivo (come il fatturato), va effettuata, in via di principio, cumulativamente, tenendo conto della sommatoria dei mezzi e delle qualità che fanno capo a tutte le imprese raggruppate.

A fronte di ciò, si palesa tuttavia l'esigenza di non trasformare la riunione di imprese in uno strumento elusivo delle regole impositive di un livello minimo di capacità per la partecipazione agli appalti.

Nel caso di specie, come si è visto, il requisito di partecipazione richiesto espressamente dal disciplinare di gara non era, pacificamente, in possesso del mandante dell'ATI che, pertanto, non può trasformarsi in uno strumento elusivo delle regole di partecipazione, fissate per tutti identicamente e inequivocabilmente (non dando luogo a nessun dubbio ermeneutico) per tutti i partecipanti.

Il Collegio, inoltre, come già affermato esaustivamente in sede cautelare, ritiene che non sia sufficiente, nel caso di specie, la mera titolarità di un precedente contratto da parte della controinteressata o di una sua impresa componente, ove concretamente non sia stata effettuato nessun servizio del tipo richiesto e, quindi, non sia stato conseguito alcun fatturato in relazione al servizio medesimo, ma soltanto in relazione al servizio di pulizia.

Di conseguenza, tale precedente contratto non era idoneo a dimostrare la sussistenza del requisito richiesto per ogni mandante ai fini della partecipazione alla gara, mandante che avrebbe dovuto dimostrare di aver svolto (svolto, quindi, e non semplicemente partecipato ad un ATI in cui altri hanno svolto tale servizio), relativamente al Lotto 3 (pag. 7 disciplinare di gara), servizi di reception e sorveglianza in strutture residenziali collettive per un importo pari almeno a euro 300.000,00, pari al 10%

del valore di euro 3.000.000,00 indicato al punto s) nel disciplinare di gara.

La brillante difesa di parte resistente propone una serie di argomenti, legati all'inapplicabilità di detta clausola alle associazioni verticali, quali quella della controinteressata che sarebbero da ritenersi fondate, se la clausola in oggetto, di cui si è ampiamente parlato presentasse almeno un profilo di ambiguità che consentisse un'operazione ermeneutica, da parte del giudice, del tipo di quella pretesa da detta difesa.

Tuttavia, come detto, così non è.

La clausola si presenta del tutto cristallina ed evidenzia la necessità che ogni mandante, per partecipare alla gara, avrebbe dovuto aver svolto, relativamente al Lotto 3 (pag. 7 disciplinare di gara), servizi di reception e sorveglianza in strutture residenziali collettive per un importo pari almeno a euro 300.000,00, pari al 10% del valore di euro 3.000.000,00 indicato al punto s) nel disciplinare di gara, indipendentemente dalla distinzione tra servizi principali e secondari, di cui alla pag. 8 del Disciplinare, atteso che, nella successiva pag. 9, come detto, si inserisce espressamente un requisito di partecipazione che prevede espressamente che le mandanti devono aver una misura minima del 10 % dei requisiti di cui alle lett. s), r) e t), senza alcuna eccezione o distinzione tra tipologie diverse di Raggruppamento; tale eccezione o distinzione dovrebbe essere introdotta ora da questo Giudice per via interpretativa.

Tale operazione ermeneutica, di fronte ad una clausola chiara e priva di ambiguità come quella in oggetto, si deve ritenere vietata.

In primo luogo, per il principio di valenza comunitaria, della certezza del diritto, secondo cui occorre garantire la possibilità di conoscere la valutazione concreta operata dal diritto positivo con riferimento alle azioni e situazioni compiute; ciò implica la conoscibilità a priori delle norme e delle regole giuridiche da osservare.

In ambito comunitario l'aspetto principale del principio in esame attiene alla trasparenza delle attività dell'Amministrazione, che deve rivolgersi ai cittadini comunitari con una normativa chiara, facilmente comprensibile e prevedibile nella sua applicazione. Lo stesso è richiesto alle Amministrazioni nazionali, che devono, ad esempio, recepire e trasporre la normativa comunitaria nel modo giusto ed appropriato: è stata, infatti, considerata insufficiente la trasposizione di una direttiva nell'ordinamento nazionale attraverso circolari o prassi amministrative (sentenza Corte di Giustizia 21 giugno 1988, Commissione c. Italia, in causa 257/86).

Tale principio riguarda anche il campo degli appalti pubblici e consiste nella necessità che le regole di partecipazione alla gara siano formulate in modo chiaro e certo in modo da non dare spazio ad ambiguità interpretative.

Di fronte ad una clausola del tipo descritta, sarebbe quindi il Giudice, attraverso la sua opera esegetica, a rendere la clausola ambigua, introducendovi un significato che essa non reca e che, quindi, non ha potuto orientare i consociati al quale l'atto inizialmente era rivolto.

In secondo luogo, un'integrazione interpretativa del genere, rischierebbe di indurre le Amministrazioni a tenere comportamenti opportunistici, ora adeguandosi ad una interpretazione letterale, del tutto legittima, ora uniformandosi ad un'interpretazione creativa della giurisprudenza, quindi da quest'ultima avallata, deresponsabilizzando le Amministrazioni nell'applicazione della lex di gara, che sarebbe flessibile nel suo esatto contenuto precettivo, a seconda delle convenienze, il che non è, evidentemente, ammissibile.

Infatti, in materia di gara d'appalto lo spazio che viene riconosciuto all'interpretazione del bando si deve ritenere precluso ogni qualvolta l'esegesi delle clausole non sia giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato, dovendosi al contrario preferire, a tutela dell'affidamento dei destinatari, il significato letterale delle previsioni da applicare (cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, 17 dicembre 2009, n. 3781).

In secondo luogo, si deve rammentare che tale opera ermeneutica è preclusa anche in base al noto principio in claris non fit interpretatio, codificato dalla giurisprudenza civile in materia di contratti ed applicabile anche in materia amministrativa attesa la ben nota operatività delle disposizioni sui contratti, per quanto compatibili, agli atti amministrativi in generale e, segnatamente, ai bandi di gara.

Tale principio (che, nei contratti, non può essere inteso nel suo significato letterale, posto che al giudice del merito spetta sempre l'obbligo di individuare esattamente la volontà delle parti) è sostanzialmente operante quando il significato delle parole usate nell'atto sia tale da rendere, di per se stessa, palese l'effettiva volontà, nel qual caso l'attività del giudice può e deve limitarsi al riscontro della chiarezza e univocità del tenore letterale dell'atto per rilevare detta volontà e diventa inammissibile qualsiasi ulteriore attività interpretativa che condurrebbe il giudice a sostituire la propria soggettiva opinione alla volontà dei contraenti (cfr., ex multis, Cassazione civile, sez. II, 15 maggio 1987, n. 4472), il che avverrebbe inammissibilmente, nel caso di specie.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere annullato il provvedimento impugnato.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, I sezione, pronunciandosi sul ricorso in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 25/03/2010 con l'intervento dei Magistrati:

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Presidente

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Primo Referendario, Estensore

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/si-palesa-l-esigenza-di-non-trasformare-la-riunione-di-imprese-in-uno-strumento-elusi-vo-delle-regole-impositive-di-un-livello-minimo-di-capacita-per-la-partecipazione-agli-appalti/>