

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29834-in-materia-di-requisiti-di-ammissione-alle-gare-di-appalto-della-pubblica-amministrazione-difatti-le-norme-regolatrici-sia-comunitarie-che-interne-prevedono-fattispecie-elastiche-strutturate-su-c>

Autore: Lazzini Sonia

In materia di requisiti di ammissione alle gare di appalto della Pubblica amministrazione, difatti, le norme regolatrici, sia comunitarie che interne, prevedono fattispecie elastiche, strutturate su concetti non tassativi, ma indeterminati, che implicano,

C.St. 15.06.2010 n. 3740

In materia di requisiti di ammissione alle gare di appalto della Pubblica amministrazione, difatti, le norme regolatrici, sia comunitarie che interne, prevedono fattispecie elastiche, strutturate su concetti non tassativi, ma indeterminati, che implicano, per la loro definizione da parte dell'interprete, un rinvio alla realtà sociale.

ritiene la Sezione di dovere muovere dal tradizionale insegnamento dottrinario e giurisprudenziale secondo cui la fissazione dei requisiti tecnici, pur rientrando nella discrezionalità della stazione appaltante, è irrazionale e illogica se impone requisiti di partecipazione incongrui rispetto alle finalità del singolo procedimento di gara o non necessari, in quanto non corrispondono ad alcun reale elemento di specificazione delle potenzialità tecnico-economiche dell'impresa o, in ogni caso, fonte di incertezze e imprevedibili effetti distorsivi della gara.

Come è noto, infatti, la normativa vigente non preclude alle Stazioni appaltanti la possibilità di chiedere requisiti ulteriori, logicamente connessi all'oggetto dell'appalto. Per cui nel bando di gara l'Amministrazione appaltante può di certo autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo però il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito (cfr., ex plurimis, Consiglio Stato, sez. IV, 15 settembre 2006 n. 5377).

L'interesse pubblico sotteso al rispetto del principio della concorrenza e della massima partecipazione alle gare pubbliche, funzionale alla migliore selezione dell'aggiudicatario, deve necessariamente coordinarsi con la tutela delle specifiche esigenze della stazione appaltante (ma, nel caso di specie, avuto riguardo alla previsione legislativa richiamata, con il generale interesse statale, potrebbe affermarsi), come tradotte nelle clausole del bando a condizione che esse siano pienamente rispondenti ai criteri di strumentalità con le esigenze evidenziate dall'Amministrazione in ordine ai quali è ammesso il pieno dispiegarsi del sindacato giurisdizionale (altrettanto va detto per quanto attiene alla proporzionalità e adeguatezza all'oggetto dell'appalto ed all'interesse pubblico perseguito che le prescrizioni del bando devono rivestire per non risolversi in un'indebita limitazione dell'accesso alla gara dei soggetti presenti sul mercato o tali da predeterminare l'aggiudicazione o vulnerare la par condicio tra i concorrenti, restringendo ad una rosa ristrettissima le imprese in possesso delle caratteristiche richieste).

Ma ferma restando la possibilità di prevedere (purché non in termini illogici ed abnormi tali da finire per restringere oltremodo il principio volto a favorire la concorrenza e la massima partecipazione alle gare) requisiti partecipativi più stringenti (l'amministrazione appaltante può legittimamente inserire nel disciplinare di gara, quale requisito di partecipazione, la presentazione di referenze bancarie rilasciate da almeno due istituti di credito di rilevanza nazionale per determinare in concreto la capacità economica e finanziaria delle imprese concorrenti: è infatti pacifico il non limitato potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni nel fissare i requisiti di partecipazione a una gara per l'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture in modo più stringente o in numero maggiore di quelli fissati dalla legge, sempre che non siano irragionevoli o in violazione di principi generali o della stessa legge. Consiglio Stato, sez. VI, 22 maggio 2006, n. 2959).

E' precluso che elementi a tal fine valutabili, afferenti alla (mera) soggettività del partecipante alle gare e non direttamente refluenti sulla qualità del servizio offerto, possano rilevare (anche) a fini valutativi.

Come già affermato dai primi Giudici, ritiene la Sezione che tali limiti siano stati travalicati.

Il punto dal quale è necessario muovere riposa nella constatazione che, nell'allegato "E" della lettera d'invito prot. 202/2003 in data 26.11.2003, alla voce "capacità tecnica", erano indicati, fra gli elementi

di valutazione, il tipo di struttura organizzativa, le risorse umane e strumentali (e cioè, in particolare, l'organico del personale, il numero di automezzi, le frequenze radio), "i principali servizi prestati negli ultimi tre anni", mentre alla voce "capacità economico-finanziaria" era prevista la valutazione del fatturato globale riferito agli ultimi tre esercizi finanziari.

Pertanto ai sensi della *lex specialis* una quota decisiva e determinante del punteggio attribuito all'offerta tecnica (segnatamente, max 10 punti) era costituita dal fatturato ulteriore rispetto a quello indicato tra i requisiti minimi di partecipazione e dall'organico disponibile oltre a quello minimo richiesto.

Si tratta di elementi che - come correttamente colto dal Tar - attenendo all'affidabilità dell'offerente e dunque alla sua capacità tecnica di corretta esecuzione dell'appalto, pertengono propriamente alla fase di qualificazione: dunque, essendo essi estranei alle caratteristiche ed all'oggetto dell'offerta e del contratto concretamente dedotti in gara, non potevano essere assunti quali validi criteri di aggiudicazione.

Al riguardo la Corte di giustizia CE ha in più occasioni affermato che gli artt. 23, n. 1, 32 e 36, n. 1, della direttiva 92/50 (che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi) ostano a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto dell'esperienza degli offerenti, del loro personale e delle loro attrezzature nonché della capacità dei medesimi di effettuare l'appalto entro il termine previsto non come "criteri di selezione qualitativa", ma come "criteri di aggiudicazione" (cfr. C.G.C.E., VI, 19.6.2003, in causa C-315/01; id., I, 24.1.2008, in causa C-532/06, punti da 25 a 32).

Nello stesso senso si è espressa la giurisprudenza amministrativa di primo grado (cfr. T.A.R. Liguria, I, 27.3.2007, n. 570).

In particolare deve ribadirsi che (salva espressa difforme prescrizione di legge: si veda, ad esempio, l'art. 11 del decreto legislativo n. 498 del 1992 comma 5-ter) il punteggio relativo ai vari criteri in caso di aggiudicazione secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa non possa che essere attribuito in rapporto ed in funzione della valutazione dell'offerta concernente in termini concreti ciò che viene messo a disposizione per l'espletamento del servizio nei confronti della stazione appaltante, con esclusione di qualsiasi considerazione estesa ex se alle qualità generali dei partecipanti: sia per la necessità di adeguare i criteri al mero oggetto di gara e quindi di contratto (come desumibile dall'interpretazione conforme a ragionevolezza dell'art. 83 codice dei contratti, laddove precisa che i criteri di valutazione dell'offerta debbano essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto), sia in quanto, altrimenti opinando, si avrebbe una predeterminazione degli esiti di gara in favore delle imprese di più rilevanti dimensioni, in violazione di principi basilari e fondamentali come la tutela della par condicio e la tutela della concorrenza.

Anche gli arresti giurisprudenziali che in passato hanno affermato che è legittimo prevedere l'attribuzione di punteggi alle esperienze pregresse ai fini della valutazione dell'offerta, hanno precisato che ciò sarebbe possibile soltanto a condizione che tale criterio non abbia influenza decisiva sull'affidamento dell'appalto (in tal senso, espressamente, T.A.R. Lazio, III, 6.7.2005, n. 5553; nello stesso senso cfr. T.A.R. Sicilia, 6.6.2007, n. 1590) e che tale esperienza "valutabile" debba porsi qual elemento che finisce con il ridondare sulla qualità del servizio offerto.

Esattamente, -anche con precipuo riferimento a tale angolo prospettico- il Tar ha posto in evidenza che tali criteri non spiegavano una diretta incidenza sulla qualità del servizio da espletare, - si trattava (a norma di contratto) di piantonare gli uffici di Martina Franca con una sola Guardia Giurata e di garantire la vigilanza esterna mediante collegamento con teleallarme e il pronto intervento in caso di emergenza-.

Appare esatta ed immune da censure la deduzione che se ne è fatta discendere, secondo cui il numero complessivo dei dipendenti e degli automezzi disponibili, nonché il fatturato dell'ultimo triennio, erano assolutamente irrilevanti ai fini della concreta prestazione del servizio de quo.

In tale contesto di riferimento, invero, la clausola in parola esattamente è stata giudicata illogica ed irragionevole e si pone in contrasto con i principi di favor concurrentiae e non contaminazione tra requisiti partecipativi ed elementi valutativi derivanti dai precetti comunitari.

L'interesse pubblico sotteso al rispetto del principio della concorrenza e della massima partecipazione alle gare pubbliche, funzionale alla migliore selezione dell'aggiudicatario, deve necessariamente

coordinarsi con la tutela delle specifiche esigenze della stazione appaltante (ma, nel caso di specie, avuto riguardo alla previsione legislativa richiamata, con il generale interesse statale, potrebbe affermarsi), come tradotte nelle clausole del bando a condizione che esse siano pienamente rispondenti ai criteri di strumentalità con le esigenze evidenziate dall'Amministrazione in ordine ai quali è ammesso il pieno dispiegarsi del sindacato giurisdizionale (altrettanto va detto per quanto attiene alla proporzionalità e adeguatezza all'oggetto dell'appalto ed all'interesse pubblico perseguito che le prescrizioni del bando devono rivestire per non risolversi in un'indebita limitazione dell'accesso alla gara dei soggetti presenti sul mercato o tali da predeterminare l'aggiudicazione o vulnerare la par condicio tra i concorrenti, restringendo ad una rosa ristrettissima le imprese in possesso delle caratteristiche richieste). L'operato dell'amministrazione non soddisfaceva tali condizioni e, conclusivamente l'appello deve essere respinto con integrale conferma dell'impugnata decisione.

SI LEGGA ANCHE

Il rispetto del principio della concorrenza e della massima partecipazione alle gare pubbliche deve necessariamente coordinarsi con la tutela delle specifiche esigenze della stazione appaltante

L'interesse pubblico sotteso al rispetto del principio della concorrenza e della massima partecipazione alle gare pubbliche, funzionale alla migliore selezione dell'aggiudicatario, deve necessariamente coordinarsi con la tutela delle specifiche esigenze della stazione appaltante, anche di quelle connesse alle modalità di svolgimento dei controlli e delle risorse finanziarie a disposizione e alla necessità di ottimizzare le risorse personali a disposizione: è quindi legittima una clausola territoriale che limita la partecipazione alla gara a ditte con sede operativa centrale o distaccata ubicata in alcune regioni:

Merita di essere segnalata la decisione numero 5377 del 15 settembre 2006 emessa dal Consiglio di Stato in tema di discrezionalità della pa nella scelta dei requisiti da richiedere nei bandi in particolare sulla legittimità o meno di una clausola territoriale che limita la partecipazione alla gara a ditte con sede operativa centrale o distaccata ubicata in alcune regioni:

< In materia di requisiti di ammissione alle gare di appalto della Pubblica amministrazione, difatti, le norme regolatrici, sia comunitarie che interne, prevedono fattispecie elastiche, strutturate su concetti non tassativi, ma indeterminati, che implicano, per la loro definizione da parte dell'interprete, un rinvio alla realtà sociale, con la conseguenza che in sede di bando di gara l'Amministrazione appaltante ben può autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti, e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito.

A tale astratta previsione si conforma, ad avviso del TAR, la contestata clausola territoriale, la quale è legata ad esigenze prettamente organizzative della stazione appaltante, connesse alla possibilità di poter operare un controllo delle operazioni con le economie di personale, essendo evidente che la dislocazione delle sedi operative delle imprese partecipanti – e quindi della futura aggiudicataria della gara – in un determinato ambito territoriale incide inevitabilmente, oltre che sulle modalità e sui tempi di trasporto dei mezzi da riparare da e per la sede operativa, sulle modalità di effettuazione dei controlli da parte della stazione appaltante, con ricaduta sulla loro celerità, sui loro costi e sul tempo che il personale chiamato alla loro effettuazione dovrà ad essi dedicare.

In tale contesto, la clausola in parola non sarebbe né illogica né irragionevole e non si porrebbe in contrasto con nessuno dei principi invocati dall'appellante, derivanti dalla normativa nazionale o comunitaria>

Ma non solo. Il Supremo giudice amministrativo va più in là nel sancire che:

< la contestata riserva della partecipazione alla gara ad imprese aventi sede operativa in un determinato ambito territoriale, non si traduce in una illegittima discriminazione tra le imprese, ben potendo le stesse utilizzare, in mancanza di sede operativa nell'ambito territoriale indicato, soluzioni alternative quali il ricorso al sistema del raggruppamento o del contratto d'affitto di ramo d'azienda o al comodato.>

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3740 del 15 giugno 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 03740/2010 REG.DEC.
N. 04286/2005 REG.RIC.



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 4286 del 2005, proposto da:
RICORRENTE Istituti di Vigilanza Ricorrente S.P.A, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Cecinato, Marco Cane', con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Controinteressata Citta di Martina Franca S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Quinto, con

domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2; I.N.P.S., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Pietro Collina, Gaetano De Ruvo, domiciliata per legge in Roma, via della Frezza, 17;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – SEDE DI LECCE- SEZIONE I n. 01564/2005, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZI DI VIGILANZA.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2010 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli avvocati Quinto e De Ruvo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Tar della Puglia, Sede di Lecce, con la decisione in epigrafe appellata, ha accolto il ricorso proposto dall'odierna appellata e volto ad ottenere l'annullamento degli atti di una gara bandita dall'appellante amministrazione (I.N.P.S. sede di Taranto) consistente nella procedura per l'affidamento del servizio di vigilanza presso le Agenzie di Grottaglie, Manduria, e Martina Franca ed, in particolare, della lettera di invito 26.11.2003 e del bando di gara; di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale ed in particolare del verbale di gara del 27.5.2004 e del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto all' Impresa RICORRENTE

In particolare, l'appellata la Controinteressata Città di Martina Franca s.r.l. ebbe ad impugnare i suindicati atti deducendo che, ai fini della aggiudicazione, la stazione appaltante aveva valutato elementi (quelli compendiate nelle voci "capacità tecnica" e "capacità economico- finanziaria") attinenti non al merito tecnico dell'offerta ma alla struttura dell'offerente (e dunque costituenti requisiti di ammissione alla gara e non di aggiudicazione).

Il Tar, disattese le eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado per tardività, ha ritenuto fondato il petitum della odierna parte appellata ed ha annullato gli atti di gara e dichiarato la conseguente caducazione automatica del contratto stipulato con la IVRI s.r.l., (in quanto privato ex tunc di uno dei presupposti legali di efficacia, costituito dalla fase di evidenza pubblica).

Più in particolare, il Tar ha in via preliminare preso in esame l'eccezione di inammissibilità per tardività della impugnazione delle clausole del bando e del verbale di aggiudicazione del 27.5.2004: i primi Giudici hanno disatteso tale eccezione, alla stregua della considerazione che, da un canto, il rappresentante legale della società ricorrente aveva assistito alla seduta della commissione di gara del 27.5.2004 in esito alla quale la commissione aveva aggiudicato il servizio all'IVRI e, sotto altro profilo, il ricorso, notificato a mezzo del servizio postale con racc. A/R, era stato consegnato all'Ufficiale Giudiziario il 26 luglio 2004.

Posto che la notifica del gravame che venga effettuata a mezzo posta doveva intendersi perfezionata, per il notificante, il giorno della consegna dell'atto all'Ufficiale Giudiziario, ne conseguiva che il ricorso era stato proposto il sessantesimo giorno dalla conoscenza (avvenuta lo stesso 27 maggio 2004) del provvedimento e, pertanto, tempestivamente.

Il Tar ha parimenti disatteso l'eccezione di tardività della impugnazione della lex specialis della gara richiamando la consolidata giurisprudenza secondo cui l'onere di immediata impugnazione del bando di gara è configurabile solo con riferimento

alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di ammissione, ovvero contemplanti oneri di partecipazione manifestamente incomprensibili oppure del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara.

Peraltro l'appellata aveva impugnato, contestualmente al verbale di aggiudicazione, le clausole del bando che annoveravano, tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i vari profili della "capacità tecnica" e della "capacità economico- finanziaria" assumendo che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente assunto a requisiti tecnici dell'offerta elementi in realtà qualificabili come requisiti di ammissione alla gara: dette clausole non presentavano il carattere della immediata lesività e pertanto non precludevano la partecipazione alla gara a potenziali concorrenti.

Soltanto la mancata aggiudicazione aveva reso certa la lesione trasformando l'astratta ed eventuale potenzialità lesiva delle clausole del bando de quibus in una (dedotta) ragione di illegittimità dell'affidamento del servizio: anche sotto tale profilo l'impugnazione era pertanto ammissibile.

Nel merito, il Tar ha rilevato che l'INPS (che aveva deciso di aggiudicare il servizio in argomento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 23 lett. b D.Lgs n. 157/1995) aveva indicato, quali criteri di aggiudicazione, il "prezzo", la "capacità tecnica" e la "capacità economico – finanziaria".

Nell'allegato "E" della lettera d'invito prot. 202/2003 in data 26.11.2003, alla voce "capacità tecnica", erano indicati, fra gli elementi di valutazione, il tipo di struttura organizzativa, le risorse umane e strumentali (e cioè, in particolare, l'organico del personale, il numero di automezzi, le frequenze radio), "i principali servizi prestati negli ultimi tre anni", mentre alla voce "capacità economico- finanziaria" era prevista la valutazione del fatturato globale riferito agli ultimi tre esercizi finanziari. Tali elementi attenevano direttamente all'offerente e non al merito tecnico dell'offerta e dunque potevano essere, al più, essere assunti a requisiti di

prequalificazione delle imprese ai fini della partecipazione alla gara e non già valutati ai fini dell'aggiudicazione del servizio

Rispondeva al vero che gli elementi in discorso garantivano l'affidabilità dell'offerente: essi tuttavia non spiegavano una diretta incidenza sulla qualità del servizio da espletare, trattandosi (a norma di contratto) di piantonare gli uffici di Martina Franca con una sola Guardia Giurata e di garantire la vigilanza esterna mediante collegamento con teleallarme e il pronto intervento in caso di emergenza: era evidente che il numero complessivo dei dipendenti e degli automezzi disponibili, nonché il fatturato dell'ultimo triennio, erano assolutamente irrilevanti ai fini della concreta prestazione del servizio de quo, dal che discendeva la fondatezza delle censure dedotte.

L'appellante controinteressata originaria aggiudicataria ha proposto un articolato appello sottoponendo a rivisitazione critica l'intero impianto della sentenza di primo grado.

Quanto alla premessa maggiore dell'iter motivazionale contenuto nell'appellata decisione, si rilevava che il ricorso di primo grado doveva essere dichiarato irricevibile per non essere state tempestivamente impugnate le clausole (qualificate qual immediatamente lesive) contenute nella lettera-invito.

L'appellata già ricorrente in primo grado, infatti, si doleva, sostanzialmente, della scelta del sistema di gara ("offerta economicamente più vantaggiosa", e non già "prezzo più basso") lamentando di non potere apportare varianti, neppure migliorative.

Censurandosi l'intero bando, vi era l'onere (rimasto inottemperato) di impugnarlo immediatamente.

Nel merito, comunque, il criterio della "pregressa esperienza dell'offerente" poteva rilevare anche in chiave valutativa dell'offerta, e non soltanto preselettiva; alla gara (avuto riguardo all'oggetto della medesima) potevano partecipare unicamente

imprese previamente munite di licenza prefettizia, di guisa che sarebbe stato del tutto inutile individuare elementi preselettivi (in armonia con il disposto di cui all'art. 23 del d.lvo n. 157/1995).

I criteri indicati, contrariamente a quanto affermato dal Tar, incidevano direttamente sulla qualità del servizio (massime, l'organico del personale).

L'appellata società, già ricorrente vittoriosa di primo grado ha depositato una memoria chiedendo la reiezione dell'appello (l'appellante svolgeva ininterrottamente il servizio, in spregio alla decisione demolitoria appellata, già dal 2001), evidenziando l'esattezza della statuizione del Tar in punto di ricevibilità del mezzo di primo grado (le clausole censurate non erano immediatamente lesive in quanto ci si era doluti non già della scelta del sistema di gara ma dei criteri valutativi sottesi al metodo prescelto).

Nel merito, il richiamo a criteri quali il numero complessivo di dipendenti trasmodava dal "merito tecnico" alla "capacità tecnica" ove, come nel caso di specie, avulso dalle caratteristiche del servizio da apprestare.

L'appellata aveva offerto il miglior prezzo e, pertanto si sarebbe dovuta certamente aggiudicare il servizio.

L'Inps ha depositato due articolate memorie (una delle quali in vista dell'adunanza camerale fissata per l'incidente cautelare e l'altra nell'imminenza dell'odierna udienza pubblica) patrocinando una tesi coincidente con quella esposta dall'appellante e volta a sostenere che l'attribuzione di un punteggio (massimo di 10 punti) alla ditta che offriva i migliori requisiti di solidità finanziario-economica costituiva ragionevole esplicazione della propria discrezionalità coerente con l'oggetto della gara.

Ha difeso il proprio operato e criticato la sentenza di prime cure laddove il Tar non aveva preso atto che l'assetto economico-organizzativo dell'impresa poteva rilevare ai fini della valutazione di affidabilità ed efficacia del servizio.

Ha pertanto sostenuto la fondatezza dell'appello e la legittimità dell'aggiudicazione in favore dell'odierna parte appellante.

Alla camera di consiglio del 14 giugno 2005 fissata per l'esame dell'istanza cautelare di sospensione della esecutività della sentenza appellata la Sezione, con ordinanza n. 2759/2005 ha respinto la domanda cautelare per carenza del prescritto fumus.

DIRITTO

Il ricorso in appello è infondato, e deve essere respinto, meritando invece conferma l'appellata decisione.

E' certamente infondata la censura relativa alla pretesa irricevibilità del ricorso di primo grado per omessa tempestiva impugnazione del bando di gara.

In armonia con il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale "le clausole dei bandi di concorso che prevedono requisiti soggettivi di partecipazione sono immediatamente lesive e devono essere impugnate immediatamente dai soggetti interessati, senza attendere l'adozione di appositi provvedimenti di esclusione del concorrente. Questa regola, tuttavia, presuppone che la disposizione del bando sia assolutamente chiara ed univoca nel suo contenuto precettivo e non richieda alcuna significativa attività interpretativa né dei destinatari del bando, né degli organi dell'amministrazione che ne debbano fare applicazione."(Consiglio Stato , sez. V, 07 novembre 2007, n. 5776) appare troncante, al fine di far rilevare l'infondatezza della censura (e la esattezza della statuizione dei primi Giudici che in primo grado respinsero la relativa eccezione) dare conto del fatto che, da un canto, le clausole censurate non precludevano (né preclusero, in effetti) la partecipazione alla gara dell'appellata.

Secondariamente, che al momento dell'emissione del bando non era preconizzabile con certezza la lesione che l'appellata avrebbe subito, dipendendo quest'ultima dalla struttura delle imprese partecipanti ("l'impugnazione immediata degli atti di

gara è ammissibile e necessaria solo se (e nei limiti in cui) gli atti del procedimento producano un pregiudizio immediato, come nel caso dell'impugnazione del bando di gara con riguardo alle clausole comportanti la certa esclusione dell'aspirante concorrente per carenza di requisiti di partecipazione, e non, invece, nel caso in cui le determinazioni assunte non siano produttive, di per sè, di alcun pregiudizio certo ed immediato, ma solo eventuale, futuro e incerto, per il soggetto interessato” -Consiglio Stato , sez. V, 08 settembre 2003, n. 5036-).

Ne discende la palese infondatezza della doglianza di tardività dell'impugnazione.

Venendo al merito della questione, ritiene la Sezione di dovere muovere dal tradizionale insegnamento dottrinario e giurisprudenziale secondo cui la fissazione dei requisiti tecnici, pur rientrando nella discrezionalità della stazione appaltante, è irrazionale e illogica se impone requisiti di partecipazione incongrui rispetto alle finalità del singolo procedimento di gara o non necessari, in quanto non corrispondono ad alcun reale elemento di specificazione delle potenzialità tecnico-economiche dell'impresa o, in ogni caso, fonte di incertezze e imprevedibili effetti distorsivi della gara.

Come è noto, infatti, la normativa vigente non preclude alle Stazioni appaltanti la possibilità di chiedere requisiti ulteriori, logicamente connessi all'oggetto dell'appalto. Per cui nel bando di gara l'Amministrazione appaltante può di certo autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo però il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito (cfr., ex plurimis, Consiglio Stato, sez. IV, 15 settembre 2006 n. 5377).

In materia di requisiti di ammissione alle gare di appalto della Pubblica amministrazione, difatti, le norme regolatrici, sia comunitarie che interne,

prevedono fattispecie elastiche, strutturate su concetti non tassativi, ma indeterminati, che implicano, per la loro definizione da parte dell'interprete, un rinvio alla realtà sociale.

Ma ferma restando la possibilità di prevedere (purché non in termini illogici ed abnormi tali da finire per restringere oltremodo il principio volto a favorire la concorrenza e la massima partecipazione alle gare) requisiti partecipativi più stringenti (l'amministrazione appaltante può legittimamente inserire nel disciplinare di gara, quale requisito di partecipazione, la presentazione di referenze bancarie rilasciate da almeno due istituti di credito di rilevanza nazionale per determinare in concreto la capacità economica e finanziaria delle imprese concorrenti: è infatti pacifico il non limitato potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni nel fissare i requisiti di partecipazione a una gara per l'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture in modo più stringente o in numero maggiore di quelli fissati dalla legge, sempre che non siano irragionevoli o in violazione di principi generali o della stessa legge. Consiglio Stato, sez. VI, 22 maggio 2006, n. 2959).

E' precluso che elementi a tal fine valutabili, afferenti alla (mera) soggettività del partecipante alle gare e non direttamente refluenti sulla qualità del servizio offerto, possano rilevare (anche) a fini valutativi.

Come già affermato dai primi Giudici, ritiene la Sezione che tali limiti siano stati travalicati.

Il punto dal quale è necessario muovere riposa nella constatazione che, nell'allegato "E" della lettera d'invito prot. 202/2003 in data 26.11.2003, alla voce "capacità tecnica", erano indicati, fra gli elementi di valutazione, il tipo di struttura organizzativa, le risorse umane e strumentali (e cioè, in particolare, l'organico del personale, il numero di automezzi, le frequenze radio), "i principali servizi prestati negli ultimi tre anni", mentre alla voce "capacità economico-finanziaria" era prevista la valutazione del fatturato globale riferito agli ultimi tre esercizi finanziari.

Pertanto ai sensi della *lex specialis* una quota decisiva e determinante del punteggio attribuito all'offerta tecnica (segnatamente, max 10 punti) era costituita dal fatturato ulteriore rispetto a quello indicato tra i requisiti minimi di partecipazione e dall'organico disponibile oltre a quello minimo richiesto.

Si tratta di elementi che - come correttamente colto dal Tar - attenendo all'affidabilità dell'offerente e dunque alla sua capacità tecnica di corretta esecuzione dell'appalto, pertengono propriamente alla fase di qualificazione: dunque, essendo essi estranei alle caratteristiche ed all'oggetto dell'offerta e del contratto concretamente dedotti in gara, non potevano essere assunti quali validi criteri di aggiudicazione.

Al riguardo la Corte di giustizia CE ha in più occasioni affermato che gli artt. 23, n. 1, 32 e 36, n. 1, della direttiva 92/50 (che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi) ostano a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto dell'esperienza degli offerenti, del loro personale e delle loro attrezzature nonché della capacità dei medesimi di effettuare l'appalto entro il termine previsto non come "criteri di selezione qualitativa", ma come "criteri di aggiudicazione" (cfr. C.G.C.E., VI, 19.6.2003, in causa C-315/01; id., I, 24.1.2008, in causa C-532/06, punti da 25 a 32).

Nello stesso senso si è espressa la giurisprudenza amministrativa di primo grado (cfr. T.A.R. Liguria, I, 27.3.2007, n. 570).

In particolare deve ribadirsi che (salva espressa difforme prescrizione di legge: si veda, ad esempio, l'art. 11 del decreto legislativo n. 498 del 1992 comma 5-ter) il punteggio relativo ai vari criteri in caso di aggiudicazione secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa non possa che essere attribuito in rapporto ed in funzione della valutazione dell'offerta concernente in termini concreti ciò che viene messo a disposizione per l'espletamento del servizio nei

confronti della stazione appaltante, con esclusione di qualsiasi considerazione estesa ex se alle qualità generali dei partecipanti: sia per la necessità di adeguare i criteri al mero oggetto di gara e quindi di contratto (come desumibile dall'interpretazione conforme a ragionevolezza dell'art. 83 codice dei contratti, laddove precisa che i criteri di valutazione dell'offerta debbano essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto), sia in quanto, altrimenti opinando, si avrebbe una predeterminazione degli esiti di gara in favore delle imprese di più rilevanti dimensioni, in violazione di principi basilari e fondamentali come la tutela della par condicio e la tutela della concorrenza.

Anche gli arresti giurisprudenziali che in passato hanno affermato che è legittimo prevedere l'attribuzione di punteggi alle esperienze pregresse ai fini della valutazione dell'offerta, hanno precisato che ciò sarebbe possibile soltanto a condizione che tale criterio non abbia influenza decisiva sull'affidamento dell'appalto (in tal senso, espressamente, T.A.R. Lazio, III, 6.7.2005, n. 5553; nello stesso senso cfr. T.A.R. Sicilia, 6.6.2007, n. 1590) e che tale esperienza “valutabile” debba porsi qual elemento che finisce con il ridondare sulla qualità del servizio offerto.

Esattamente, -anche con precipuo riferimento a tale angolo prospettico- il Tar ha posto in evidenza che tali criteri non spiegavano una diretta incidenza sulla qualità del servizio da espletare, - si trattava (a norma di contratto) di piantonare gli uffici di Martina Franca con una sola Guardia Giurata e di garantire la vigilanza esterna mediante collegamento con teleallarme e il pronto intervento in caso di emergenza-.

Appare esatta ed immune da censure la deduzione che se ne è fatta discendere, secondo cui il numero complessivo dei dipendenti e degli automezzi disponibili, nonché il fatturato dell'ultimo triennio, erano assolutamente irrilevanti ai fini della concreta prestazione del servizio de quo.

In tale contesto di riferimento, invero, la clausola in parola esattamente è stata giudicata illogica ed irragionevole e si pone in contrasto con i principi di favor concurrentiae e non contaminazione tra requisiti partecipativi ed elementi valutativi derivanti dai precetti comunitari.

L'interesse pubblico sotteso al rispetto del principio della concorrenza e della massima partecipazione alle gare pubbliche, funzionale alla migliore selezione dell'aggiudicatario, deve necessariamente coordinarsi con la tutela delle specifiche esigenze della stazione appaltante (ma, nel caso di specie, avuto riguardo alla previsione legislativa richiamata, con il generale interesse statale, potrebbe affermarsi), come tradotte nelle clausole del bando a condizione che esse siano pienamente rispondenti ai criteri di strumentalità con le esigenze evidenziate dall'Amministrazione in ordine ai quali è ammesso il pieno dispiegarsi del sindacato giurisdizionale (altrettanto va detto per quanto attiene alla proporzionalità e adeguatezza all'oggetto dell'appalto ed all'interesse pubblico perseguito che le prescrizioni del bando devono rivestire per non risolversi in un'indebita limitazione dell'accesso alla gara dei soggetti presenti sul mercato o tali da predeterminare l'aggiudicazione o vulnerare la par condicio tra i concorrenti, restringendo ad una rosa ristrettissima le imprese in possesso delle caratteristiche richieste).

L'operato dell'amministrazione non soddisfaceva tali condizioni e, conclusivamente l'appello deve essere respinto con integrale conferma dell'impugnata decisione.

Sussistono le condizioni di legge per la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Sezione sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello in epigrafe lo respinge, con conseguente conferma dell' appellata decisione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2010 con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Domenico Cafini, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/06/2010

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