

La discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicataria di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla Legge

Consiglio di Stato - Sentenza 4 gennaio 2017, n. 9

N. 9/2017 Reg. Prov. Coll.
N. 3600 Reg. Ric.
ANNO 2016

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3600 del 2016, proposto da:

G. di G. L., in persona del legale rappresentante pro-tempore rappresentata e difesa dagli avvocati Anna Lillo e Nicola Di Modugno, con domicilio eletto presso lo Studio Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

I.n.f.n. - Istituto Nazionale di Fisica Nucleare, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

P. s.r.l. in proprio e quale mandataria di r.t.i., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Orlandi, con domicilio eletto presso l'avvocato Renato Caruso in Roma, via Cristoforo Colombo, 436;

Ati A. s.p.a. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III bis n. 1429/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di controllo continuativo degli impianti tecnologici, di primo intervento antincendio e di gestione delle situazioni di emergenza dei laboratori del Gran Sasso per tre anni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare e della P. s.r.l. in proprio e quale mandataria di r.t.i.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2016 il Cons. Raffaele Proserpi e uditi per le parti gli avvocati Anna Lillo, Nicola Di Modugno, dello Stato Paola De Nuntis e Stefano Orlandi.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

La Ditta G. di G. L. aveva impugnato con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio la deliberazione della giunta esecutiva dell'I.N.F.N. - Istituto Nazionale di Fisica Nucleare n. 10808 del 2015, con la quale era stata disposta la revoca del provvedimento di aggiudicazione definitiva in suo favore della gara per il servizio di controllo continuativo degli impianti tecnologici, di primo intervento antincendio e di gestione delle situazioni di emergenza dei laboratori nazionali del Gran Sasso dell'I.N.F.N. per la durata di tre anni, con conseguente affidamento del contratto alla società P. s.r.l., seconda classificata.

La predetta revoca era stata disposta in quanto era stato ritenuto che la ditta odierna ricorrente, aggiudicataria della gara in quanto prima classificata, non possedesse il requisito di partecipazione relativo al principale servizio analogo richiesto a pena di esclusione dal punto III.2.3 del bando di gara.

La ricorrente deduceva l'illegittimità degli atti impugnati per violazione e falsa applicazione dell'articolo 42 del d.lgs. n. 163 del 2006 nonché eccesso di potere per violazione del punto III.2.3 del bando di gara e del disciplinare tecnico, per ingiustizia manifesta, per violazione del principio della par condicio, per illogicità e per irrazionalità (primo motivo) e per violazione e falsa applicazione dell'articolo 2, commi 1, 42 e 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 nonché degli artt. 47/par. 2 e 48/par.3 della direttiva 2004/18 e dei principi comunitari di libera concorrenza e di non discriminazione delle piccole e medie imprese e per eccesso di potere per sviamento, per perplessità dell'azione amministrativa e per mancanza dei presupposti (secondo motivo).

L'I.N.F.N. si costituiva in giudizio e deduceva l'infondatezza nel merito del ricorso, ed inoltre produceva documentazione concernente la vicenda in data 8 ottobre 2015.

Con sentenza n. 1429 del 2 febbraio 2016 il Tribunale amministrativo respingeva il ricorso.

Veniva affermato in via generale che le Amministrazioni possono prescrivere requisiti di partecipazione alle gare pubbliche che si sostanziano nel comprovato svolgimento di servizi analoghi a quello che è oggetto di gara, al fine di conseguire la preventiva dimostrazione dell'affidabilità del concorrente con riguardo alle specifiche prestazioni contrattuali, ai sensi dell'art. 42, d.lgs. n. 163 del 2006. I bandi di gara possono, quindi, prevedere requisiti di capacità più rigorosi di quelli indicati dalla legge, purché non discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, rientrando nel potere discrezionale dell'Amministrazione aggiudicatrice la fissazione dei requisiti di partecipazione ad una singola gara anche superiori a quelli previsti dalla legge.

Con specifico riferimento alle predette ultime attività, alla luce di tutto quanto evidenziato, non risultava, a parere del giudice di primo grado, che la ricorrente avesse adeguatamente comprovato il possesso del requisito di capacità tecnica relativo in discussione in questa sede.

Per quanto attiene, poi, alla dedotta illegittimità del richiamato punto III. 2.3 nella parte in cui richiede che il possesso del suddetto requisito debba essere comprovato "a pena di esclusione" dalla "esecuzione di almeno un servizio d'importo non inferiore a quello a base di gara (IVA esclusa)", non si riteneva che la stazione appaltante avesse superato i limiti al potere discrezionale prima richiamati, soprattutto in relazione all'oggetto specifico dell'appalto in controversia.

La richiesta del possesso del c.d. contratto di punta, richiesta tramite la quale la stazione appaltante intendeva selezionare, a priori, la partecipazione di concorrenti in possesso di un certo grado di esperienza, comprovata appunto, dall'aver svolto singoli servizi di un rilievo economico certo era giustificata dalla particolare situazione di pericolo in cui si trovano i Laboratori Sotterranei del Gran Sasso, situazione tale da classificare l'attività ivi svolta come "a rischio di incidente rilevante", come peraltro indicato nelle premesse stesse del disciplinare tecnico; considerata inoltre la rilevanza a livello scientifico degli esperimenti ivi condotti, la stazione appaltante aveva legittimamente ritenuto che fosse necessario da parte dell'aggiudicatario il possesso di una particolare capacità tecnica e organizzativa la quale avrebbe potuto essere garantita esclusivamente da imprese che avevano già maturato un'esperienza specifica di analogo complessità la quale fosse adeguatamente testimoniata dall'esecuzione di un unico contratto analogo sia per attività che per importo complessivo.

La limitazione del favor participationis e del principio di libera concorrenza tra le imprese, che è insita nella previsione di requisiti di esperienza di un certo valore, trova - in un'ottica di adeguato bilanciamento tra le contrapposte esigenze - la sua giustificazione e, pertanto, la sua legittimità nella necessità di consentire l'ammissione alla procedura di gara delle sole imprese la cui idoneità tecnica sia comprovata dall'esecuzione di contratti di entità tale da garantire la buona esecuzione del servizio in gara - nella specie veniva sottolineato che tale esigenza era legata alla necessità di assicurare la completa incolumità di tutte le persone che quotidianamente avrebbero dovuto prestare la propria attività lavorativa all'interno dei laboratori sotterranei previsti per il servizio richiesto.

Quanto all'insufficienza degli importi dichiarati e di cui alla certificazione prodotta da parte della ricorrente, assumeva valore assorbente ai fini della prova del possesso del requisito di capacità tecnica di cui al punto III. 2.3 del disciplinare tecnico, relativo all'espletamento del cd. servizio di punta, la ricorrente ha prodotto in allegato alla domanda di partecipazione alla procedura di cui trattasi esclusivamente la certificazione inerente il servizio svolto presso il Policlinico negli anni 2006-2014 e visto che il predetto servizio era stato correttamente ritenuto non analogo ai fini che interessano da parte della stazione appaltante, ne conseguiva che l'eventuale mancata corretta valutazione dei relativi importi ivi riportati non assumeva più alcuna rilevanza, essendo venuto a mancare il primo necessario requisito rappresentato, appunto, dall'espletamento di un servizio analogo da intendersi necessariamente nei sensi in precedenza indicati.

La pronuncia osservava che è l'oggetto complessivo del contratto di appalto e il riferimento alle sue specifiche peculiarità che integrano il parametro per valutare l'adeguatezza e la proporzionalità dei requisiti di partecipazione alla gara, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti. Quindi deve ritenersi che, una volta richiesto in sede di legge di gara, che debba essere comprovato lo svolgimento di servizi analoghi, la suddetta richiesta non possa essere limitata da parte della commissione ad alcune soltanto delle attività nelle quali si concretizza il servizio richiesto ma debba, invece, avere quale riferimento, proprio il predetto servizio nel suo complesso. Ne consegue che, ove i requisiti previsti per il servizio richiesto nel suo complesso venissero costruiti esclusivamente in relazione ad una sola porzione specifica del medesimo, questi difetterebbero sul piano dell'inerenza all'oggetto del contratto in quanto non sarebbero idonei a dimostrare effettivamente la capacità dei concorrenti rispetto al complessivo servizio da svolgere in favore dell'Amministrazione.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 29 aprile 2016 la Ditta G. impugnava la sentenza in questione e sollevava le seguenti censure:

1. *Erroneità ed illegittimità della sentenza appellata per violazione dell'art. 42 del codice dei contratti pubblici relazionale disciplina di gara: III.2.3 del bando di gara e del disciplinare tecnico. Travisamento, motivazione errata, illegittima ed incoerente. Il giudice di primo grado ha ricostruito la questione della dimostrazione del requisito tecnico sulla svolto il servizio analogo ai sensi del disciplinare di gara cosiddetto servizio di punta, richiamando quanto eseguito dall'appellante presso il Policlinico Umberto I di Roma ed ignorando altri quattro servizi vantati presso altre amministrazioni, giungendo a definire le prestazioni presso il Policlinico con un servizio molto più ristretto di quello messo a gara dall'INFN, di ben più ampio spettro. In realtà la legge di gara, conformemente alla legge nazionale di matrice comunitaria, pretendeva dai concorrenti la dimostrazione di servizi analoghi, che non vuol dire identici, senza l'imposizione di un quantum ed un servizio di punta senza imposizioni di analogia. Quanto richiesto è conforme all'esigenza di acquisire conoscenza delle precedenti attività d'impresa maturate che dimostrino gli indici di capacità di eseguire la prestazione oggetto dell'appalto e che non deve comprendere addirittura servizi identici. Lo svolgimento di servizi identici non è consentito alle stazioni appaltanti dal principio della massima partecipazione alle gare, né i servizi analoghi possono essere impropriamente assimilati a questi ultimi. Inoltre il giudice di primo grado ha altresì esteso la richiesta dell'analogia anche al servizio di punta, elemento non previsto dalla legge di gara, ignorando così che quattro servizi vantati presso amministrazioni ospedaliere godevano di un importo complessivo che superava abbondantemente 3 milioni di euro, controprestazione dell'affidamento per cui è causa. Se poi si vanno a verificare le singole prestazioni di cui in gara, esse sono prestazioni tecniche semplici anche se di tipo di voci e corrispondenti ai servizi analoghi prestati dall'appellante per un importo che supera il valore di 6 milioni di euro.*

2. *Erroneità ed illegittimità della sentenza appellata per violazione degli artt. 3, comma 1, 42 e 46, comma 1 bis del codice dei contratti pubblici in relazione alla nullità della disciplina di gara punto III.2.3 del bando. Violazione e falsa applicazione dei principi di matrice comunitaria di libera e ampia concorrenza, di non discriminazione delle piccole e medie imprese. L'incompatibilità della disciplina di gara con la normativa comunitaria artt. 47/Par. 2 e 48/Par. 3 della direttiva 2004/18. Le richieste della legge di gara che impone capacità professionali di titolarità di almeno un servizio di importo non inferiore a quello base di gara non può essere considerata logica e proporzionata alla luce dei principi dell'evidenza pubblica e ciò nemmeno in considerazione della particolare situazione dei Laboratori Sotterranei del Gran Sasso. Non possono essere ammessi livelli del tutto particolari della capacità tecnico-professionale e della quantità dei servizi prestati o almeno di un singolo servizio prestato, poiché ciò restringerebbe in maniera abnorme la platea dei concorrenti in violazione di tutti i principi di matrice comunitaria che risiedono nella libera concorrenza, vista anche la possibilità dell'avvalimento, dell'avvalimento plurimo e del cumulo dei requisiti. In buona sostanza la dimostrazione del requisito di un servizio identico restringe la platea dei concorrenti al solo soggetto che ha già eseguito il servizio per la stazione appaltante.*

La G. concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese ed insisteva per risarcimento del danno emergente, del lucro cessante e del danno curricolare.

Si costituivano in giudizio la stazione appaltante e l'aggiudicatario P. s.r.l., le quali sostenevano l'infondatezza dell'appello e ne chiedevano il rigetto.

All'udienza del 13 dicembre 2016 la causa è passata in decisione.

Il Collegio ritiene che non vi siano le lamentate ragioni per disattendere la sentenza impugnata.

In primo luogo va ribadito il principio generale, pacifico in giurisprudenza, secondo cui i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminatori e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge. Il che in punto di adeguatezza corrisponde a un corretto uso del principio di proporzionalità nell'azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti - ai fini dell'efficienza risultato del contratto e dunque dell'interesse alla buona amministrazione mediante una tale esternalizzazione - essere attentamente congrue rispetto all'oggetto del contratto. Sicché tanto più questo è particolare, tanto più il livello dei requisiti da richiedere in concreto deve essere particolare. Errebbe l'amministrazione pubblica che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell'aggiudicazione a chi non dimostri inerenti particolari esperienze e capacità.

Naturalmente, sempre in ragione del criterio dell'adeguatezza, stavolta congiunto a quello della necessità, tali particolari requisiti vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti.

Va qui rilevato che il laboratorio nazionale del Gran Sasso è un laboratorio di ricerca, appartenenti all'Istituto nazionale di fisica nucleare, dedicato allo studio della fisica delle particelle: si trova a circa 1000 m di altitudine ed è in parte situato all'esterno ed in parte è sotterraneo, con al di sopra 1.400 metri di roccia del massiccio più alto degli Appennini, con accesso nella parte sotterranea direttamente dal tunnel dell'autostrada A24 Roma - L'Aquila - Teramo. Una tale collocazione ne fa, a quanto è dato conoscere, il più grande laboratorio sotterraneo del mondo, almeno secondo la descrizione fatta dallo stesso Istituto nazionale di fisica nucleare.

La collocazione, il tipo di esperimenti ivi svolti nel campo dell'astrofisica, nel rilevamento delle particelle e nella ricerca della materia oscura ed ancor più le apparecchiature in dotazione, sia quelli prettamente adatti allo svolgimento delle ricerche, sia quelli per l'uso della struttura, come particolari ascensori e macchinari per il condizionamento ed il pompaggio dell'aria, fanno del laboratorio del Gran Sasso un unicum che ragionevolmente giustifica e rende congrua la richiesta di requisiti più che specifici per l'affidamento del servizio di contrasto agli incendi (pur se, forzatamente, ne deriva un restringimento della concorrenza): si tratta invero di una struttura, con inerenti necessità di sicurezza (visto altresì l'oggetto dell'attività da proteggere), del tutto speciale e diversa da quella sia pure notevole e complessa del Policlinico universitario di Roma Umberto I.

Se si prende in puntuale considerazione il dato di esperienza circa il cosiddetto servizio di punta, requisito specifico che deve essere in possesso dei concorrenti per l'ammissione alla gara, va considerato che nella specie risultava essere da parte della Ditta G. di G. L. quello prestato presso il Policlinico di Roma, avente ad oggetto "la manutenzione ordinaria e straordinaria nonché l'organizzazione, la gestione e le modalità di esecuzione della manutenzione da effettuarsi sui sistemi mobili di estinzione (estintori), sulla rete idrica antincendio e sugli impianti fissi di rilevazione, segnalazione e allarme antincendio installati negli edifici del Policlinico Umberto I e nelle sedi esterne". Sicché è ragionevole e di immediata rilevazione che le prestazioni oggetto di tale ultimo precedente affidamento non corrispondevano, per entità e caratterizzazioni, in ragione di quanto testé rilevato, a quello di cui in controversia.

Non dimostra il contrario il mero importo economico di quella precedente spesa: senza dubbio ingente, ma riferibile alla vastità della struttura ospedaliera (una delle più importanti d'Italia): non vi è invece una dimostrata congruenza con quanto posto in gara per il laboratorio di fisica del Gran Sasso; il cui servizio da aggiudicare concerne il controllo continuativo degli impianti tecnologici, di primo intervento antincendio e di gestione delle situazioni di emergenza del laboratorio. Sicché, per la assoluta disomogeneità delle grandezze, appariva più che ragionevole escludere un tendenziale equilibrio nella comparazione tra i due servizi, come depongono del resto sia la diversa conformazione dei luoghi, sia la differenza delle prestazioni dovuta tanto ai macchinari da controllare, quanto alle prestazioni ulteriori di primo intervento e di gestione delle emergenze.

L'elencazione degli impianti da controllare contenuta nel disciplinare tecnico, oltre alle già viste differenze ambientali, comporta un'ampiezza di responsabilità che poco appaiono aver a che vedere con i compiti di mero controllo degli estintori e della pur complessa rete idrica ed allarmistica antincendio di un grande ospedale. Appare evidente che il controllo degli impianti di indici, elettrici, di ventilazione, di rilevazione automatica degli incendi, di rivelazione di fughe di gas, di rilevamento di presenza di liquidi sul pavimento, di misura delle temperature in locali sotterranei, del livello di inquinanti da traffico veicolare e dei sistemi di compartimentazione delle zone per mezzo di portoni taglia-fuoco, di filtri antifumo e comunque di primo intervento in un complesso come quello prima descritto, non sono realmente paragonabili con quanto già prestato a favore del Policlinico Umberto I.

Insomma, nel caso in esame non sussiste la lamentata illegittimità dell'Amministrazione, per la ragione che appariva sussistere l'assenza delle richieste servizio di punta analogo a quello di gara dall'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare. Il che è sufficiente per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

Le spese di giudizio si liquidano in dispositivo.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio, liquidandole in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00) oltre agli accessori di legge a favore di ciascuna delle parti intimata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini - Presidente

Paolo Giovanni Nicolò Lotti - Consigliere

Fabio Franconiero - Consigliere

Raffaele Prospero - Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio - Consigliere

*IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini*

*IL CONSIGLIERE EST
Raffaele Prospero*

Depositata in Segreteria il 4 gennaio 2017