

Bando di gara e requisiti di capacità economico-finanziaria.

di Gianluca Tarantino

Data di pubblicazione: 2-8-2016

A fronte di tali inequivoche prescrizioni della *lex specialis*, ribadite dunque due volte, l'allegato D, contenente uno schema che i concorrenti non dovevano adottare obbligatoriamente e che, dunque, non è parte integrante della disciplina di gara, non è idoneo ad ingenerare alcuna legittima convinzione sulla circostanza che la stazione appaltante avrebbe applicato una clausola di assimilabilità di ogni tipo di lavoro in Global Service su un patrimonio immobiliare indistinto. Lo stesso disciplinare, al punto 6 (informazioni complementari), prevedeva infatti unicamente la facoltà per i concorrenti di redigere le domande sulla base dei moduli A, B, C, D predisposti dall'Amministrazione chiarendo che "hanno valore esemplificativo e che la verifica della conformità di ogni atto e/o dichiarazioni alle specifiche prescrizioni del bando, del disciplinare di gara e della legge è onere esclusivo dei partecipanti".

Guida alla lettura

La fattispecie oggetto del giudizio conclusosi con la sentenza in commento riguarda **l'esclusione, disposta nei confronti della società appellante, dalla procedura** indetta dal Comune di Trieste per l'affidamento quinquennale in Global service del **Servizio di gestione, amministrazione e manutenzione edile ed impiantistica degli edifici scolastici ed assimilabili, in proprietà e/o in disponibilità all'Amministrazione** medesima. Esclusione dovuta al mancato soddisfacimento di uno dei requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti dal bando per la partecipazione alla gara. In particolare, il bando di gara, come la Quinta Sezione (e, prima di essa, il Tar) puntualizza, imponeva la realizzazione di un **quid minimum (puntualmente specificato) di fatturato globale d'impresa** realizzato negli ultimi tre esercizi antecedenti la data di pubblicazione del bando. A fronte di tali premesse, il provvedimento di esclusione è stato motivato in virtù dell'impossibilità di considerare fatturato specifico quello derivante dagli appalti con determinati enti, aziende e società in quanto non a destinazione scolastica (o assimilabile).

Si fa questione, dunque, di una prescrizione della **lex specialis della procedura di evidenza pubblica**. È infatti il bando di gara, il quale fissa una specifica "soglia" di fatturato necessario, precisamente specificato nella sentenza, a costituire oggetto del giudizio di appello. Orbene, svelando così sin dall'inizio la posizione dei giudici amministrativi, questi ultimi ritengono

innanzitutto dettagliate ed inequivocabili (anche perché ribadite due volte) le prescrizioni del bando di gara e, pertanto, difficilmente equivocabili. Affermandosi, inoltre, che *“l'allegato D, contenente uno schema che i concorrenti non dovevano adottare obbligatoriamente e che, dunque, non è parte integrante della disciplina di gara, non è idoneo ad ingenerare alcuna legittima convinzione sulla circostanza che la stazione appaltante avrebbe applicato una clausola di assimilabilità di ogni tipo di lavoro in Global Service su un patrimonio immobiliare indistinto”*. Queste, a dimostrazione dei suesposti rilievi, Donde il rigetto dell'appello proposto.

Orbene, attesa la **centralità del bando di gara nel caso di specie**, appare utile fare alcuni cenni a tale istituto ed alla sua natura giuridica.

Come noto, e come in parte anticipato, il bando di gara costituisce la *lex specialis* delle procedure ad evidenza pubblica. Anzi, ancor più precisamente, in quasi tutte le procedure di gara, con alcune esclusioni quali la procedura negoziata senza bando, **il primo atto a rilevanza esterna è il bando di gara, recante l'indicazione del tipo di procedura e dell'oggetto del contratto, oltre che della determina a contrarre** approvata a monte. Al riguardo il nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al D.Lgs. 50/2016, ha previsto che le stazioni appaltanti rendano nota, di norma entro il 31 dicembre di ogni anno, l'intenzione di bandire per l'anno successivo appalti, pubblicando un avviso di pre-informazione.

Più in generale, giova chiarire cosa si intenda allorché si definisce il bando di gara, col quale la PA rende nota appunto l'intenzione di aggiudicare un appalto pubblico, alla stregua di *lex specialis* della procedura. L'assunto sta a significare che *“le regole del singolo procedimento di selezione del contraente, mediante **disposizioni che non possono essere disattese dalla stazione appaltante**. In altri termini, il bando costituisce un atto amministrativo con cui la P.A. individua le disposizioni a cui decide di autovincolarsi nell'ambito della singola procedura a cui lo stesso si riferisce. La giurisprudenza sul punto è chiara: una <amministrazione non può discostarsi da una regola contenuta nella *lex specialis* della procedura che essa stessa ha disposto; e nemmeno può interpretare la detta disposizione in modo palesemente contrario al suo chiaro tenore testuale>”* (F. CARINGELLA).

Ciò che ha destato i maggiori dubbi interpretativi e ha dato la stura ad un annoso dibattito giurisprudenziale è la **possibilità dei concorrenti di impugnare direttamente il bando di gara senza aspettare gli atti dello stesso esecutivi, quali esclusione o aggiudicazione**. In proposito, appare degno di menzione, in conclusione di discorso, il principio di diritto fissato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1/2003: *“I bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato. A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una **effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare**”*.

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

sul ricorso numero di registro generale 2780 del 2016, proposto da:

Manutencoop Facility Management Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Manzi C.F. MNZLGU34E15H501Y, Franco Mastragostino C.F. MSTFNC47E07A059Q e Cristiana Carpani C.F. CRPCST65L64A944B, con domicilio eletto presso l'avvocato Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

Comune di Trieste, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Aldo Fontanelli C.F. FNTLDA46R02H224F, Maria Serena Giraldi C.F. GRLMSR51R43L424L e Maritza Filipuzzi C.F. FLPMTZ55R61Z614E, con domicilio eletto presso l'avvocato Aldo Fontanelli in Roma, via Emilio Dè Cavalieri, 11;

nei confronti di

Siram Spa in proprio e quale Mandataria RTI e Sinergie Spa in proprio e quale Mandante RTI, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, n. 00051/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento di global service inerente al servizio di manutenzione degli edifici scolastici e assimilabili – Risarcimento dei danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Trieste;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e

uditi per le parti gli avvocati Paolo Caruso, su delega dell'avv. Luigi Manzi, e Aldo Fontanelli;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sez. I, con la sentenza 17 febbraio 2016, n. 51, ha respinto il ricorso proposto dall'attuale parte appellante per l'annullamento dell'esclusione della stessa dalla procedura ristretta indetta per l'affidamento di Global Service inerente al Servizio di Manutenzione degli edifici scolastici e assimilabili e per l'annullamento del punto III.2.2. del bando di gara nella parte in cui identifica il requisito di capacità finanziaria consistente nel "fatturato realizzato negli ultimi 3 esercizi approvati (2008 - 2009 - 2010) nello svolgimento di appalti in global service nello specifico settore del patrimonio immobiliare a destinazione scolastica per un importo complessivo almeno pari a 3 volte quello annuale a base di gara ovvero a € 5.654.520,00..." , nonché del punto 1, lett. m), del disciplinare di gara.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- Con riguardo al dedotto contrasto tra le prescrizioni della lex specialis di gara e il modello di dichiarazione allegato sub D, tale schema non costituisce affatto parte integrante della disciplina di gara medesima, costituendo piuttosto uno strumento predisposto unilateralmente dall'amministrazione, a scopo meramente esemplificativo, per facilitare la partecipazione alla gara, come esplicita lo stesso disciplinare al punto 6 "Informazioni complementari";
- Eventuali contrasti tra quanto riportato nel predetto schema di dichiarazione non potevano che essere risolte nel senso di dare prevalenza alle chiare e per nulla ambigue prescrizioni del bando, che rendevano evidente l'esatta portata delle dichiarazioni da rendere, peraltro in perfetta coerenza con lo specifico oggetto dell'affidamento in global service;
- Nessuna contraddizione è rinvenibile tra il requisito di capacità economico e finanziaria richiesto e quello di capacità tecnica del cd. "servizio di punta" (punto III.2.3 del bando), attesa la diversa finalità cui gli stessi sono preordinati. Sembra, anzi, che la maggior "ampiezza" del requisito di capacità tecnica;
- Il requisito di capacità economica e finanziaria è di per sé coerente con l'oggetto dell'affidamento e la sua previsione non s'appalesa per nulla illogica, ma, anzi, ragionevole e, in quanto tale, non suscettibile di sindacato giurisdizionale;
- Il fatturato specifico relativo al particolare oggetto "edifici scolastici" assolve alla finalità di assicurare che la stazione appaltante, a garanzia del perseguimento del pubblico interesse, individui e affidi l'appalto ad un soggetto in possesso di requisiti idonei, attese le particolarità che caratterizzano l'espletamento del servizio in questione presso gli edifici scolastici rispetto ad altri edifici pubblici in genere;
- E' palese che la stazione appaltante non poteva che ritenere il requisito in questione non soddisfatto laddove realizzato nell'espletamento di servizi analoghi ma presso strutture che, ancorché pubbliche o comunque nella disponibilità di soggetti pubblici, non sono propriamente

scolastiche o ad esse assimilabili (Comando Scuola Ispettori e Sovrintendenti della Guardia di Finanza; Aziende Regionali per il Diritto allo Studio Universitario di Pisa e Bologna);

- Destituita di fondamento è la lamentata arbitrarietà in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante, laddove ha ritenuto di potere espungere, ai fini dell'apprezzamento del requisito specifico, le fatture non propriamente riferibili al servizio di gestione, amministrazione e manutenzione edile ed impiantistica, atteso che il fatturato richiesto realizzato nello svolgimento di appalti in global service nello specifico settore del patrimonio immobiliare a destinazione scolastica nel settore non poteva che essere inteso con riferimento alle specifiche prestazioni dedotte in gara.

L'appellante contestava la sentenza del TAR, ritenendone l'erroneità per i seguenti motivi:

- Violazione dell'art. 41 d.lgs. n. 163-2006, nonché dei principi di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 163-2006 e, segnatamente, dei principi di libera concorrenza, par condicio, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Eccesso di potere per falso supposto di fatto e di diritto. Motivazione illogica e contraddittoria.

Con l'appello in esame si chiedeva l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituiva il Comune appellato chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 14 luglio 2016 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio rileva in punto di fatto l'oggetto del giudizio riguarda l'esclusione, disposta nei confronti dell'attuale appellante, dalla procedura indetta con bando di gara in data 20 gennaio 2012 dal Comune di Trieste per l'affidamento quinquennale in Global service del Servizio di gestione, amministrazione e manutenzione edile ed impiantistica degli edifici scolastici ed assimilabili, in proprietà e/o in disponibilità all'Amministrazione medesima.

Detta esclusione è stata effettuata in applicazione del punto 111.2.2 del Bando, parimenti impugnato dall'appellante, che contemplava i requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti per partecipare alla gara e, segnatamente, prescriveva: "-fatturato globale d'impresa realizzato negli ultimi tre esercizi approvati antecedenti la data di pubblicazione del bando pari ad almeno 1,5 volte l'importo a base di gara e, quindi, un fatturato complessivo relativo agli esercizi 2008, 2009 e 2010 non inferiore ad Euro 14.136.300,00; fatturato realizzato negli ultimi tre esercizi approvati (2008-2009-2010) nello svolgimento di appalti in global service nello specifico settore del patrimonio immobiliare a destinazione scolastica per un importo complessivo almeno pari a 3 (tre) volte quello annuale a base di gara ovvero Euro 5.654.520,00".

Il provvedimento di esclusione, infatti, è motivato dall'impossibilità di considerare fatturato specifico quello derivante dagli appalti con Guardia di Finanza — Ostia Lido, Azienda Regionale per il Diritto allo Studio Universitario di Pisa, ERGO - ARSTUD di Bologna, in quanto

evidentemente non a destinazione scolastica ed assimilabile.

In ogni caso, secondo la Stazione appaltante, in base all'interpretazione estensiva rispetto all'assimilabilità dell'Università ad edificio scolastico e all'oggetto dello stesso appalto (completamente mancante di manutenzione edile costituente invece gran parte delle manutenzioni oggetto dell'appalto), vi sarebbe comunque un mancato possesso del requisito del fatturato specifico per le ragioni sopra esposte, atteso che l'unico fatturato specifico assolutamente in linea con la destinazione dell'edificio e la tipologia dell'appalto ammonta ad euro 53.663,02.

2. Passando all'esame dei motivi di appello, si deve evidenziare che il bando di gara oggetto del presente giudizio, consistente nell'"Appalto in Global Service per la manutenzione quinquennale degli edifici a destinazione scolastica ed assimilabili", al Punto III.2.2 (capacità economica e finanziaria livelli minimi richiesti), prescrive un fatturato globale di impresa realizzato negli ultimi 3 esercizi approvati antecedenti alla data di pubblicazione del bando, pari ad almeno 1,5 volte l'importo a base gara e quindi un fatturato complessivo relativo agli esercizi 2008 - 2009 - 2010 non inferiore a €. 14.136.300,00; un fatturato realizzato negli ultimi 3 esercizi approvati (2008-2009-2010) nello svolgimento di appalti in Global Service nello specifico settore del patrimonio immobiliare a destinazione scolastica per un importo complessivo annuo pari a 3 volte quello annuale a base di gara ovvero € 5.654.520,00.

Al successivo punto III.2.3. (capacità tecnica - livelli minimi di capacità richiesta), il bando impone di aver eseguito nei 3 anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, oppure avere in corso, almeno un appalto per la gestione del patrimonio immobiliare, tramite appalti in Global Service a favore di Enti pubblici o privati di importo contrattuale pari a €. 4.712.100,00 (servizio di punta) corrispondente all'importo a base gara. Tale requisito dovrà essere dimostrato nello specifico settore oggetto di gara ma non necessariamente nei confronti di tutte le tipologie menzionate (e cioè nidi, scuole materne elementari medie e ricreatori).

Il disciplinare di gara relativo alla medesima procedura ristretta per l'affidamento del servizio di manutenzione degli edifici scolastici ed assimilabili, al punto m), impone di aver realizzato negli ultimi 3 esercizi approvati (2008-2009-2010) un fatturato nello svolgimento di appalti in Global Service nello specifico settore del patrimonio scolastico per un importo complessivo almeno pari a 3 volte quello annuale a base gara ovvero €. 5.654.520,00 e, al punto n), di aver eseguito nei 3 anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, oppure avere in corso, almeno un appalto per la gestione del patrimonio immobiliare, tramite appalti in Global Service, a favore di Enti Pubblici o privati, di importo contrattuale almeno pari a €. 4.712.100,00 (servizio di punta) corrispondente al 50% dell'importo a base gara. Tale requisito dovrà essere dimostrato nello specifico settore oggetto della gara, ma non necessariamente nei confronti di tutte le tipologie menzionate (e cioè nidi, scuole materne, elementari, medie e ricreatori).

A fronte di tali inequivoche prescrizioni della lex specialis, ribadite dunque due volte, l'allegato D, contenente uno schema che i concorrenti non dovevano adottare obbligatoriamente e che, dunque, non è parte integrante della disciplina di gara, non è idoneo ad ingenerare alcuna legittima convinzione sulla circostanza che la stazione appaltante avrebbe applicato una clausola di assimilabilità di ogni tipo di lavoro in Global Service su un patrimonio immobiliare

indistinto.

Lo stesso disciplinare, al punto 6 (informazioni complementari), prevedeva infatti unicamente la facoltà per i concorrenti di redigere le domande sulla base dei moduli A, B, C, D predisposti dall'Amministrazione chiarendo che "hanno valore esemplificativo e che la verifica della conformità di ogni atto e/o dichiarazioni alle specifiche prescrizioni del bando, del disciplinare di gara e della legge è onere esclusivo dei partecipanti".

Inoltre, lo schema contenuto nel citato allegato D, predisposto dall'Amministrazione, ma non di uso obbligatorio per i concorrenti, è incorso in un evidente lapsus al punto c), in una locuzione che non assume alcuna rilevanza ai fini di dimostrare l'illegittimità prospettata dalla parte appellante, non essendo idoneo a derogare alla disciplina di gara sopra evidenziata ovvero ad ingenerare incertezze nei concorrenti.

3. Con riferimento alla lettera m) del disciplinare di gara, laddove viene richiesto di "aver realizzato negli ultimi 3 esercizi approvati (2008-2009-2010) un fatturato nello svolgimento di appalti in Global Service nello specifico settore del patrimonio immobiliare a destinazione scolastica per un importo complessivo pari a 3 volte quello annuale a base gara ovvero di € 5.654.520,00", è evidente che, come peraltro chiarito dalla stessa Amministrazione con chiarimenti pubblicati sul profilo del Committente, tale requisito non può essere soddisfatto con un fatturato nello svolgimento di appalti in Global Service non maturato nello specifico settore del patrimonio immobiliare a destinazione scolastica, così come chiaramente risulta dal bando e dal disciplinare di gara.

In merito all'esclusione del fatturato maturato con riferimento alle aziende regionali per il diritto allo studio e alla scuola della Guardia di Finanza, in relazione al fatturato specifico, è palese che detto fatturato non rientrano nell'oggetto dell'appalto, non avendo la destinazione specifica richiesta per l'appalto oggetto di gara.

Peraltro, sia nel bando che nel capitolato, quando sono stati indicati gli edifici a destinazione scolastica, è stato sempre specificato che gli stessi erano individuati con riferimento agli asili nido, alle scuole materne e ai ricreatori, chiaramente assimilabili ad edifici a destinazione scolastica.

Né emerge alcuna differenza, sotto questo profilo, tra settore oggetto della gara e prestazioni oggetto della gara, posto che le prestazioni oggetto della gara contribuiscono a definire il settore oggetto di gara; poiché, in specifico, le prestazioni richieste erano di carattere manutentivo ed edile, sono state legittimamente e coerentemente escluse quelle inerenti gli appalti di "gestione calore", del tutto estranee a quanto richiesto.

4. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la

soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

Definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 6.000,00, oltre accessori di legge, in favore del Comune appellato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere