

Dimostrazione dei requisiti di ordine speciale: è corretto affermare che nessuna rilevanza può attribuirsi al fatto che i servizi siano stati svolti a favore di soggetti pubblici o privati, così come di nessuna rilevanza può essere l'aver svolto il servizio in subappalto anziché direttamente in appalto.?

La richiesta di determinati requisiti non deve affatto privilegiare gli imprenditori che abbiano conseguito in precedenza affidamenti di servizi da parte delle pubbliche amministrazioni o che abbiano svolto i servizi richiesti a tale titolo; né ciò può accadere senza infrangere il principio cardine della concorrenza, che consiste nel consentire a tutti gli imprenditori, dotati di capacità tecnica, economica e morale, di poter partecipare liberamente alle gare per l'affidamenti di servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, ma è diretta a garantire l'Amministrazione circa il possesso da parte delle imprese partecipanti della capacità economica finanziaria desunta dall'esperienza specifica nel settore oggetto della gara, nella specie in quello del trasporto scolastico

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero del 6 dicembre 2007, inviata per la pubblicazione in data 10 dicembre 2007 emessa dal Consiglio di Stato:

<Il secondo motivo d'appello denuncia, sotto un primo profilo, che la prima classificata, andava esclusa perché il servizio da questa prestato in subappalto a favore della base americana di Aviano non può essere assimilato al "servizio identico a quello oggetto del bando di gara" richiesto come requisito per la partecipazione, perché non è stato affidato a seguito di pubblica selezione, perché non è servizio pubblico e perché è stato prestato in qualità di subappaltatrice.

L'assunto non può essere condiviso, perché, come d'altronde esattamente osservato dal primo giudice, l'identità richiesta dalle norme di gara presenta " natura squisitamente oggettiva, con la conseguenza che nessuna rilevanza può attribuirsi al fatto che i servizi siano stati svolti a favore di soggetti pubblici o privati, così come di nessuna rilevanza può essere l'aver svolto il servizio in subappalto anziché direttamente in appalto." Il requisito, infatti, non intende affatto privilegiare gli imprenditori che abbiano conseguito in precedenza affidamenti di servizi da parte delle pubbliche amministrazioni o che abbiano svolto i servizi richiesti a tale titolo; né poteva farlo senza infrangere il principio cardine della concorrenza, che consiste nel consentire a tutti gli imprenditori, dotati di capacità tecnica, economica e morale, di poter partecipare liberamente alle gare per l'affidamenti di servizi da parte delle pubbliche amministrazioni. Ma è diretto a garantire l'Amministrazione circa il possesso da parte delle imprese partecipanti della capacità economica finanziaria ( art. 13 del D.Lgs. 17-3-1995 n. 157) desunta dall'esperienza specifica nel settore oggetto della gara, nella specie in quello del trasporto scolastico.

In tal senso, è appena il caso di ricordare la giurisprudenza della sezione, laddove ha affermato che " l'art. 13 comma 1 lett. c), d.lg. n. 157 del 1995, nella parte in cui riferisce il fatturato necessario a comprovare la capacità economica dell'impresa ai servizi identici a quello oggetto della gara, intende valorizzare l'acquisizione da parte del concorrente di una peculiare perizia acquisita nell'esercizio della medesima attività appaltata. " ( Consiglio Stato , sez. V, 31 dicembre 2003 , n. 9305).

Ricondotto alla sua sostanza oggettiva, il requisito del "servizio identico a quello oggetto del bando di gara" può ben essere individuato nel servizio di trasporto scolastico prestato dalla aggiudicataria in subappalto a favore della base americana di Aviano.>

a cura di Sonia LAzzini

riportiamo qui di seguito la decisione numero 6262 del 6 dicembre 2007, inviata per la pubblicazione in data 10 dicembre 2007 emessa dal Consiglio di Stato

REPUBBLICA ITALIANA N. 6262/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N.2376 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) ANNO 2006

ha pronunciato la seguente

#### DECISIONE

il ricorso in appello n. 2376 del 2006, proposto dalla società ALFA Tours n.c., di G. Giorgio & C. (già società ALFA Tours n.c., dei fratelli G. Nicolò e Giorgio & C. ), in persona del legale rappresentante signor Giorgio G., rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Grisostomi Travaglini , domiciliato in Roma, via Alessandro Torlonia n. 33;

#### CONTRO

il Comune di Pasiano di Pordenone, in persona del signor Vittorio Gerolami responsabile dell'ufficio tecnico settore ambiente, manutenzione e servizi, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Longo, e domiciliato presso lo studio dell'avvocato Federico Bianca in Roma, viale delle Milizie n. 9;

nonché nei confronti

dell'BETA s.p.a. e dell'BETA BIS s.n.c. di Antoniazzi G&C, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del TAR Friuli Venezia Giulia 18 novembre 2005, n. 915;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

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

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 3 luglio 2007 il Consigliere Aldo Fera;

Uditi per le parti gli avv.ti Astorri, per delega di Grisostomi, Travaglini e Longo, come indicato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

Oggetto dell'appello è la sentenza specificata in rubrica, con la quale il TAR Friuli Venezia Giulia ha respinto il ricorso proposto dalla società ALFA Tours per l'annullamento, con gli atti presupposti e conseguenti, della determinazione comunale n. 852 del 7 settembre 2004 di aggiudicazione alla soc.

BETA di Pordenone del servizio trasporto scolastico alunni scuole materne e dell'obbligo, nonché del diniego d'accesso ai documenti di cui alla nota 24 settembre 2004, e per la condanna del comune al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente a causa dell'attività illegittima dell'amministrazione. La ricorrente, odierna appellante, ha partecipato alla gara ed è risultata, nella graduatoria finale, terza classificata, dietro alle imprese BETA s.p.a. e A.T.A. snc di Antoniazzi G.& C.

L'appellante contesta le motivazioni contenute nella sentenza, riproponendo nel contempo i motivi prospettati in primo grado, sulla base delle seguenti argomentazioni:

quanto alla domanda con cui è stato esercitato il diritto di accesso ai documenti, la sentenza erroneamente l'ha dichiarata inammissibile, mentre in realtà si sarebbe verificata la cessazione della materia del contendere, grazie proprio all'ordinanza presidenziale istruttoria che ha ordinato all'amministrazione l'esibizione dei documenti richiesti;

quanto al possesso dei requisiti di ammissione da parte delle ditte classificate al primo e secondo posto, la soc. BETA andava esclusa perché il servizio da questa prestato in subappalto a favore della base americana di Aviano non può essere assimilato al "servizio identico a quello oggetto del bando di gara" richiesto come requisito per la partecipazione; peraltro, non è vero che il motivo con cui veniva contestata la mancata esclusione della seconda classificata sia stato introdotto con memoria non notificata alla controparte, poiché esso era stato già indicato nell'atto introduttivo del giudizio;

quanto all'attività della commissione di gara, la carenza dell'attività di verbalizzazione, che non consente di comprendere chi abbia adottato la decisione di disapplicare il bando in relazione al requisito di ammissione concernente il servizio svolto, non attiene alla motivazione ma evidenzia il vizio di eccesso di potere e forse di incompetenza;

quanto alla fissazione dei criteri da parte della commissione dopo aver aperto le buste, non si tratta di una mera attività di specificazione ma di uno stravolgimento delle regole con l'introduzione di criteri irragionevoli volti a favorire la vincitrice: infatti sarebbe irragionevole valutare gli autisti solo in base alla loro anzianità di servizio e comunque la seconda classificata andava esclusa per non aver presentato i curricula degli autisti; neppure si è tenuto nel debito conto il fatto che la ricorrente aveva messo a disposizione in modo continuativo otto autisti;

quanto alla violazione del regolamento comunale sui contratti, il primo giudice si è basato sullo statuto del comune reperibile su Internet; comunque avrebbe dovuto motivare sia sulla vigenza della norma che sull'effetto che lo statuto avrebbe prodotto sul regolamento in termini di abrogazione implicita.

Conclude quindi chiedendo, in riforma della sentenza appellata, l'accoglimento delle domande proposte con il ricorso di primo grado.

E' costituito in giudizio il Comune Pasiano di Pordenone, che controbatte le tesi avversarie, e conclude per il rigetto dell'appello.

Con memoria del 21 giugno 2007, l'appellante insiste in particolare sul quinto motivo, sostenendo che lo statuto comunque sarebbe antecedente al regolamento comunale che attribuisce al sindaco la nomina della commissione e che ne riserva la presidenza al segretario comunale.

## DIRITTO

La società ALFA Tours, terza classificata nella graduatoria finale della gara per l'aggiudicazione del servizio trasporto scolastico alunni scuole materne e dell'obbligo nel Comune di Pasiano di Pordenone, ha proposto appello contro la sentenza di cui all'epigrafe, con la quale il Tar Friuli Venezia Giulia ha respinto il ricorso da lei presentato contro il diniego d'accesso ai documenti del procedimento e l'aggiudicazione alla controinteressata società BETA di Pordenone.

Il primo motivo d'appello, con il quale la ALFA Tours lamenta che la sentenza erroneamente ha dichiarato inammissibile la domanda rivolta contro il diniego d'accesso ai documenti, mentre in realtà si sarebbe verificata la cessazione della materia del contendere, grazie proprio all'ordinanza presidenziale istruttoria che ha ordinato all'amministrazione l'esibizione dei documenti richiesti, introduce una contestazione meramente terminologica, priva di effettivo contenuto giuridico. Infatti, al di là delle espressioni usate dal primo giudice, sta per certo che la pronuncia sul venir meno dell'interesse alla coltivazione del capo di domanda ( fatto questo che non è in contestazione) è correttamente motivata con la considerazione che “ la documentazione da ultimo rimessa in causa appare tale da soddisfare pienamente il petitum della ricorrente, posto che tale documentazione risponde nella sostanza a quanto in un primo tempo (inutilmente) richiesto in ordine alla specifica natura dei servizi resi, nel triennio precedente la pubblicazione del bando, dalle due società controinteressate”.

Nel merito, l'appello è infondato.

Il secondo motivo d'appello denuncia, sotto un primo profilo, che la soc. BETA, prima classificata, andava esclusa perché il servizio da questa prestato in subappalto a favore della base americana di Aviano non può essere assimilato al "servizio identico a quello oggetto del bando di gara" richiesto come requisito per la partecipazione, perché non è stato affidato a seguito di pubblica selezione, perché non è servizio pubblico e perché è stato prestato in qualità di subappaltatrice.

L'assunto non può essere condiviso, perché, come d'altronde esattamente osservato dal primo giudice, l'identità richiesta dalle norme di gara presenta “ natura squisitamente oggettiva, con la conseguenza che nessuna rilevanza può attribuirsi al fatto che i servizi siano stati svolti a favore di soggetti pubblici o privati, così come di nessuna rilevanza può essere l'aver svolto il servizio in subappalto anziché direttamente in appalto.” Il requisito, infatti, non intende affatto privilegiare gli imprenditori che abbiano conseguito in precedenza affidamenti di servizi da parte delle pubbliche amministrazioni o che abbiano svolto i servizi richiesti a tale titolo; né poteva farlo senza infrangere il principio cardine della concorrenza, che consiste nel consentire a tutti gli imprenditori, dotati di capacità tecnica, economica e morale, di poter partecipare liberamente alle gare per l'affidamenti di servizi da parte delle pubbliche amministrazioni. Ma è diretto a garantire l'Amministrazione circa il possesso da parte delle imprese partecipanti della capacità economica finanziaria ( art. 13 del D.Lgs. 17-3-1995 n. 157) desunta dall'esperienza specifica nel settore oggetto della gara, nella specie in quello del trasporto scolastico.

In tal senso, è appena il caso di ricordare la giurisprudenza della sezione, laddove ha affermato che “ l'art. 13 comma 1 lett. c), d.lg. n. 157 del 1995, nella parte in cui riferisce il fatturato necessario a comprovare la capacità economica dell'impresa ai servizi identici a quello oggetto della gara, intende valorizzare l'acquisizione da parte del concorrente di una peculiare perizia acquisita nell'esercizio della medesima attività appaltata. “ ( Consiglio Stato , sez. V, 31 dicembre 2003 , n. 9305).

Ricondotto alla sua sostanza oggettiva, il requisito del "servizio identico a quello oggetto del bando di gara" può ben essere individuato nel servizio di trasporto scolastico prestato dalla BETA in subappalto a favore della base americana di Aviano.

L'altro profilo su cui è articolato il secondo motivo d'appello, che contesta la decisione del primo giudice di ritenere inammissibile la censura con la quale si afferma che andava esclusa anche la seconda classificata, oltreché inammissibile per le ragioni già esposte, è inammissibile anche perché l'appellante non considera che, nonostante tale affermazione, il Tar è poi entrato nel merito della censura e l'ha ritenuta infondata in quanto “ l'ampia e generica formulazione della clausola della lettera di invito (...servizi identici a quello oggetto della gara, almeno pari all'importo della base di gara...) non autorizza affatto, alla luce del principio di massima partecipazione che si è più sopra ampiamente

richiamato, a ritenere che requisito essenziale fosse quello di aver svolto almeno un servizio di importo pari a €. 160.000, richiedendosi soltanto nel triennio un'esperienza nel trasporto scolastico (non importa se unitaria o frazionata) complessivamente pari o superiore al detto importo. “ Si tratta di una motivazione della cui correttezza non vi è motivo di dubitare, tanto è vero che l'appellante al riguardo non muove alcuna critica.

Il quinto motivo d'appello, che conviene ora esaminare per motivi di ordine logico, sostiene che, con riferimento alle censure di violazione del regolamento comunale sui contratti, in base al quale la presidenza della Commissione di gara sarebbe riservata al segretario comunale, il primo giudice si è basato sullo statuto del comune reperibile su Internet, mentre avrebbe dovuto motivare sia sulla vigenza della norma che sull'effetto che lo statuto avrebbe prodotto sul regolamento in termini di abrogazione implicita. In primo luogo, va detto che il reperimento della norma su Internet o su altro strumento di documentazione non ha alcun rilievo giuridico. Ciò che conta è se la disposizione regolamentare invocata dalla ricorrente fosse o meno in vigore alla data di adozione degli atti amministrativi oggetto dell'impugnazione. E sotto tale profilo non v'è dubbio che la norma fosse stata abrogata dall'art. 51 comma 2 l. 8 giugno 1990 n. 142. Come questa sezione ha già avuto modo di precisare, infatti, la disposizione di legge “ secondo cui ai dirigenti spettano tutti i compiti che la legge e lo statuto dell'ente locale espressamente non riservano agli organi di governo dell'ente - e, in particolare la presidenza delle commissioni di gara e di concorso - costituisce disposizione immediatamente applicabile senz'uopo dell'interposizione di apposite fonti secondarie, cui spetta solo la determinazione delle modalità d'esercizio della competenza, comunque indefettibile e tale da non tollerare impedimenti o soluzioni di continuità. Pertanto, è illegittimo il provvedimento con cui il sindaco è nominato presidente della commissione giudicatrice di una gara d'appalto, in luogo del dirigente del competente ufficio. “ ( Consiglio Stato, sez. V, 23 marzo 2000, n. 1617).

Il terzo motivo d'appello denuncia che la carenza dell'attività di verbalizzazione non consente di comprendere chi abbia deciso di disapplicare il bando in relazione al requisito di ammissione concernente i servizi identici svolti in precedenza. Sennonché, l'infondatezza delle censure rivolte contro il merito della questione, come emerge dal punto precedente, fa venir meno il presupposto su cui poggia la contestazione; cioè che vi sia stata disapplicazione del bando.

Il quarto motivo d'appello ripropone i profili di censura che contestano l'operato della Commissione. Quanto alla fissazione di criteri da parte della commissione dopo l'apertura delle buste, l'argomentazione dell'appellante, secondo cui non si tratterebbe di una mera attività di specificazione ma di uno stravolgimento delle regole con l'introduzione di criteri irragionevoli volti a favorire la vincitrice, quale quello di valutare gli autisti solo in base alla loro anzianità di servizio, non può essere condivisa. Ed invero, posto che la Commissione, in base a quanto stabilito dalla lettera di invito, aveva a disposizione, per la valutazione della qualità delle offerte, “ p. 25 per l'organigramma del personale e numero utilizzato esclusivamente per il servizio in atto, relativa qualifica e professionalità...; p. 15 per il grado di professionalità desunto dagli attestati e dai curriculum degli addetti, valutando i diplomi specifici, gli anni di anzianità di servizio nel trasporto scolastico ed il curriculum professionale; p. 20 mezzi utilizzati”, la decisione, effettuata in sede di valutazione delle offerte tecniche, di attribuire 20 dei 25 punti col sistema proporzionale, in base al numero degli autisti messi a disposizione, ed i restanti 5 in base a valutazione discrezionale dell'organigramma, nonché di attribuire 10 dei 15 punti, col sistema proporzionale, in base all'anzianità di servizio degli autisti messi a disposizione, ed i restanti 5 in base a valutazione discrezionale dei curricula, non rappresenta affatto la creazione di subcriteri ma una forma di motivazione che consente di sottoporre a verifica i punteggi discrezionalmente assegnati. E sotto quest'ultimo profilo, non è affatto vero che privilegiare l'anzianità di servizio sia un metodo arbitrario ed irragionevole, sia perché tale criterio era già indicato nei criteri stabiliti in precedenza dall'Amministrazione, sia perché l'esperienza maturata nel servizio è indice sicuro di professionalità.

Quanto al profilo con cui si contesta che si è tenuto nel debito conto il fatto che la ricorrente aveva messo a disposizione in modo continuativo otto autisti, non si ha motivo per discostarsi dalla decisione di primo grado, laddove afferma, senza essere smentita dall'appellante, che “non ha pregio sostenere che un conto è mettere a disposizione cinque autisti stabilmente e un altro prevederne quattro più altrettanti di riserva, essendo evidente che gli autisti oltre ai quattro titolari sono comunque sempre di riserva, sia l'uno della ricorrente che i quattro della controinteressata, con evidente maggior garanzia offerta da quest'ultima, il che giustifica la differenza di punteggio.”

Da ultimo, il profilo di censura, con cui si ribadisce che la seconda classificata andava esclusa per non aver presentato i curriculum degli autisti, una volta cadute le contestazioni circa la regolarità della procedura e la legittimità delle valutazioni relative all'assegnazione del punteggio, e quindi consolidata la posizione dell'aggiudicataria, appare inammissibile per carenza di interesse.

L'appello, pertanto, deve essere respinto.

Appare tuttavia equo compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, sezione V, respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio dell'8 luglio 2007, con l'intervento dei signori:

Aldo Fera Presidente estensore

Marco Lipari Consigliere

Caro Lucrezio Monticelli Consigliere

Marzio Branca Consigliere

Giancarlo Giambartolomei Consigliere

IL PRESIDENTE ed ESTENSORE

F.to Aldo Fera

IL SEGRETARIO

F.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 6 dicembre 2007

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale

N°. RIC.2376/2006

N°. RIC.2376/2006

GFF