

**tra gli elementi di valutazione dell'offerta indicati dal capitolato tecnico allegato alla lettera d'invito vi era quello denominato "Attività e struttura organizzativa dell'impresa", per il quale era prevista l'attribuzione di un punteggio massimo di 20 punti, di cui al massimo 8 per "il fatturato raggiunto negli ultimi tre anni nella conduzione dell'attività di ristorazione di tipo analoga a quelle in oggetto":nel riesaminare gli atti di gara, l'Amministrazione ha ritenuto che il predetto riferimento agli "ultimi tre anni" dovesse essere inteso come fatto agli ultimi tre esercizi finanziari, e non agli ultimi tre anni solari**

il "fatturato raggiunto negli ultimi tre anni", deve essere riferito agli ultimi tre esercizi finanziari, piuttosto che agli ultimi tre anni solari.? Ci può essere il pericolo di documentare servizi svolti ma non ancora "fatturati" (essendo dato di comune esperienza che sovente determinate prestazioni, svolte in un determinato anno, vengono fatturate in un momento successivo e quindi inserite nel bilancio dell'anno successivo), ancora una volta con rischi di equivoci e contestazioni.? appare legittimo che tra gli elementi oggetto di valutazione possa rientrare anche il pregresso positivo svolgimento di servizi analoghi a quello oggetto di gara per un importo significativo, come richiesto nel caso che occupa dal capitolato sotto la voce "Attività e struttura organizzativa dell'impresa".?

Per il Consiglio di Stato è evidente che il riferimento agli "ultimi tre anni" non può essere letto in modo avulso dal contesto della clausola in questione, e specificamente dall'impiego, nel testo della stessa, del termine "fatturato", tale da richiamare un dato contabile e finanziario, piuttosto che meramente storico: il "fatturato", ad avviso del Collegio, individua non il complesso degli affari svolti in un determinato arco di tempo, ma quello ricompreso in un determinato esercizio finanziario, e pertanto può essere determinato unicamente con riferimento ai bilanci di esercizio (che, come noto, costituiscono il riferimento temporale convenzionale in materia contabile e finanziaria).\_Insomma, si deve ritenere, sulla scorta di una lettura del bando di gara improntata a criteri di oggettività e ragionevolezza, che l'unico modo con cui la stazione appaltante avrebbe potuto agganciare a un riferimento certo l'individuazione di un dato, quale quello richiesto ai concorrenti, fosse quello di richiamarsi ai bilanci di esercizio, unici documenti contabili che consentano di ricostruire il "fatturato" in maniera non arbitraria od opinabile.\_ **senza voler contestare il noto orientamento giurisprudenziale di derivazione comunitaria secondo cui, essendo la procedura di gara tesa a selezionare la migliore offerta e non il miglior offerente, il bando di gara non può duplicare, nella previsione degli elementi dell'offerta oggetto di valutazione, la prescrizione dei requisiti di capacità tecnica ed economica già preliminarmente richiesti ai concorrenti ai fini dell'ammissione alla gara, non può però sottacersi che tale principio va applicato cum grano salis nelle procedure – come quella che occupa – relative ad appalti di servizi, in cui l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un fare che può essere valutata unicamente sulla base di criteri quali-quantitativi, fra i quali ben può rientrare la considerazione della pregressa esperienza dell'operatore, come anche della solidità ed estensione della sua organizzazione d'impresa.**\_Una previsione siffatta non può dirsi seriamente in contrasto col principio sopra richiamato, laddove peraltro essa attribuisca un peso ponderale non decisivo all'elemento così considerato: ciò che avviene nel caso di specie, laddove per il fatturato pregresso era prevista l'attribuzione di un massimo di soli 8 punti sui 50 attribuibili all'offerta tecnica.

Merita di essere segnalata la decisione numero 5808 del 26 novembre 2008 , emessa dal Consiglio di Stato

## **Questi sono i fatti**

<La presente controversia concerne la gara informale, indetta dal Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri con lettera d'invito del 30 ottobre 2007, per l'affidamento del servizio di ristorazione, bar, campi da tennis e piscina presso i complessi immobiliari della Caserma "Hazon" e del "Centro Tevere" di Roma.

All'esito delle operazioni di gara, è risultata in un primo momento vincitrice l'odierna appellata ALFA S.r.l., ma l'aggiudicazione in suo favore è stata sospesa, e quindi annullata, sulla base di una particolare interpretazione della *lex specialis* fatta propria dalla stazione appaltante.

In particolare, tra gli elementi di valutazione dell'offerta indicati dal capitolato tecnico allegato alla lettera d'invito vi era quello denominato "Attività e struttura organizzativa dell'impresa", per il quale era prevista l'attribuzione di un punteggio massimo di 20 punti, di cui al massimo 8 per "il fatturato raggiunto negli ultimi tre anni nella conduzione dell'attività di ristorazione di tipo analoga a quelle in oggetto".

Nel riesaminare gli atti di gara, l'Amministrazione ha ritenuto che il predetto riferimento agli "ultimi tre anni" dovesse essere inteso come fatto agli ultimi tre esercizi finanziari, e non agli ultimi tre anni solari: pertanto, è stato chiesto alla ALFA S.r.l. – che aveva prodotto documentazione relativa ai servizi svolti nei tre anni anteriori (2005, 2006 e 2007) – di documentare il proprio fatturato sulla scorta dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi (2004, 2005 e 2006); sulla base di tale produzione, è risultato ridotto il punteggio riportato dalla ALFA per la voce de qua, con l'effetto di rendere prima in graduatoria, e conseguentemente aggiudicataria del servizio, la Gestioni BETA S.r.l.>

## **Questo il giudizio di primo grado**

<Investito del ricorso proposto dalla ALFA S.r.l., il T.A.R. del Lazio ha annullato le determinazioni della stazione appaltante, essenzialmente sulla scorta di due rilievi: a) la chiarezza dell'enunciato della *lex specialis* di gara laddove impiegava la locuzione "tre anni", tale da non presentare alcuna ambiguità o incertezza atta a legittimare un'operazione interpretativa del tipo di quella posta in essere dalla stazione appaltante; b) l'impossibilità di adottare un'interpretazione della clausola in oggetto, inerente agli elementi dell'offerta, che trasformasse uno di essi in una mera "duplicazione" del requisito del fatturato pregresso per servizi analoghi (richiesto, ai fini dell'ammissione alla gara, in altra parte della *lex specialis*), per non incorrere in violazione del noto divieto di commistione tra requisiti di partecipazione alla gara ed elementi dell'offerta.>

## **Ecco il parere del Supremo Giudice amministrativo**

3. Tutto ciò premesso, il Collegio osserva che non può condividersi l'assunto del primo giudice, nonché della ricorrente in primo grado ed odierna appellata ALFA S.r.l., in ordine all'assoluta chiarezza e univocità della clausola della *lex specialis* di gara oggetto di contestazione.

E, difatti, appare evidente che il riferimento agli "ultimi tre anni" non può essere letto in modo avulso dal contesto della clausola in questione, e specificamente dall'impiego, nel testo della stessa, del termine "fatturato", tale da richiamare un dato contabile e finanziario, piuttosto che meramente storico: il "fatturato", ad avviso del Collegio, individua non il complesso degli affari svolti in un determinato arco di tempo, ma quello ricompreso in un determinato esercizio finanziario, e pertanto può essere

determinato unicamente con riferimento ai bilanci di esercizio (che, come noto, costituiscono il riferimento temporale convenzionale in materia contabile e finanziaria).

Insomma, si deve ritenere, sulla scorta di una lettura del bando di gara improntata a criteri di oggettività e ragionevolezza, che l'unico modo con cui la stazione appaltante avrebbe potuto agganciare a un riferimento certo l'individuazione di un dato, quale quello richiesto ai concorrenti, fosse quello di richiamarsi ai bilanci di esercizio, unici documenti contabili che consentano di ricostruire il "fatturato" in maniera non arbitraria od opinabile.

**Al contrario, l'opposta opinione avrebbe determinato non solo – come giustamente rilevato dalle Amministrazioni appellanti – incertezze e rischi di contestazioni con riguardo all'individuazione del dies ad quem del riferimento temporale contenuto nel capitolato (ben potendo, nel silenzio della lex specialis sul punto, farsi riferimento indifferentemente ai tre anni anteriori alla pubblicazione del bando, ovvero ai tre anni anteriori alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte), ma anche e soprattutto la possibilità di documentare servizi svolti ma non ancora "fatturati" (essendo dato di comune esperienza che sovente determinate prestazioni, svolte in un determinato anno, vengono fatturate in un momento successivo e quindi inserite nel bilancio dell'anno successivo), ancora una volta con rischi di equivoci e contestazioni.**

Alla luce di ciò, si appalesano del tutto corrette sia la decisione dell'Amministrazione di porsi il problema del significato da dare alla clausola de qua (non sussistendo, come appena evidenziato, quell'assoluta univocità della stessa che, sola, avrebbe precluso ogni operazione ermeneutica) sia l'interpretazione in concreto adottata (la più idonea, come pure si è visto, a scongiurare il rischio di dubbi e incertezze in sede applicativa).>

A cura di Sonia LAzzini

## **R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

N.5808/2008

Reg. Dec.

N. 5444 Reg. Ric.

Anno 2008

### **IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

#### **DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 5444 del 2008, proposto dal Ministero della Difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, e dal Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, in persona del Comandante *pro tempore*, entrambi rappresentati e

difesi *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliati per legge presso la stessa in Roma alla via dei Portoghesi, 12,

**contro**

la ALFA – Società S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Filippo Lattanzi, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma alla via G. Pierluigi da Palestrina, 47,

**e nei confronti**

della Gestioni BETA S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ferdinando Iazzetta e Francesco Mirigliani, con domicilio eletto presso il secondo in Roma alla via della Frezza, 59,

**per l'annullamento, previa sospensione,**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione I *bis*, nr. 5640/08, del 28 maggio – 9 giugno 2008, resa *inter partes* nel ricorso nr. 4546/2008, mai notificata.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'appellata ALFA S.r.l. e della controinteressata Gestioni BETA S.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalla ALFA S.r.l. in data 17 luglio 2008 e 22 ottobre 2008 a sostegno delle proprie difese;

Vista l'ordinanza di questa Sezione nr. 3908 del 22 luglio 2008, con la quale è stata accolta la domanda di sospensione della sentenza impugnata;

Visto il dispositivo di decisione nr. 630 del 31 ottobre 2008;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, all'udienza pubblica del 28 ottobre 2008, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi l'avv. Lattanzi, l'avv. Iazzetta e l'avvocato dello Stato Melillo;

Ritenuto e considerato quanto segue:

**F A T T O**

Il Ministero della Difesa e il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri hanno impugnato la sentenza con la quale il T.A.R. del Lazio, in riferimento alla **gara** informale bandita dal Comando Generale dell'Arma per l'affidamento del servizio

di ristorazione, bar, campi da tennis e piscina presso i complessi immobiliari della Caserma "Hazon" e del "Centro Tevere" di Roma, ha accolto il ricorso proposto dalla ALFA S.r.l. e, per l'effetto, ha annullato gli atti di **gara** e l'aggiudicazione disposta in favore della Gestioni BETA S.r.l.

A sostegno dell'impugnazione, hanno rilevato l'erroneità dell'avviso espresso dal primo giudice, laddove ha censurato l'interpretazione dell'Amministrazione circa la clausola della lettera d'invito che, indicando tra gli elementi dell'offerta da valutare il "*fatturato raggiunto negli ultimi tre anni*", era stata intesa come riferita agli ultimi tre esercizi finanziari, piuttosto che agli ultimi tre anni solari.

L'appellata ALFA S.r.l. – risultata aggiudicataria del servizio per effetto della sentenza impugnata - nel costituirsi, si è opposta all'accoglimento dell'appello, argomentando nel senso della condivisibilità della sentenza di primo grado; al contrario, la Gestioni BETA S.r.l. (che era risultata aggiudicataria sulla base dell'interpretazione della stazione appaltante, poi smentita dal T.A.R.) si è costituita associandosi alle doglianze formulate dalle Amministrazioni appellanti.

Alla camera di consiglio del 22 luglio 2008, questa Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata, fissando per la trattazione del merito l'udienza del 28 ottobre 2008.

A tale ultima udienza, la causa è stata ritenuta per la decisione.

## **DIRITTO**

**1.** L'appello è fondato, dovendo ribadirsi e confermarsi, come meglio appresso esplicitato, l'avviso espresso dalla Sezione già in sede cautelare.

**2.** La presente controversia concerne la **gara** informale, indetta dal Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri con lettera d'invito del 30 ottobre 2007, per l'affidamento del servizio di ristorazione, bar, campi da tennis e piscina presso i complessi immobiliari della Caserma "Hazon" e del "Centro Tevere" di Roma.

All'esito delle operazioni di **gara**, è risultata in un primo momento vincitrice l'odierna appellata ALFA S.r.l., ma l'aggiudicazione in suo favore è stata sospesa, e quindi annullata, sulla base di una particolare interpretazione della *lex specialis* fatta propria dalla stazione appaltante.

In particolare, tra gli elementi di valutazione dell'offerta indicati dal capitolato tecnico allegato alla lettera d'invito vi era quello denominato "*Attività e struttura organizzativa dell'impresa*", per il quale era prevista l'attribuzione di un punteggio massimo di 20 punti, di cui al massimo 8 per "*il fatturato raggiunto negli ultimi tre anni nella conduzione dell'attività di ristorazione di tipo analogo a quelle in oggetto*".

Nel riesaminare gli atti di **gara**, l'Amministrazione ha ritenuto che il predetto riferimento agli "*ultimi tre anni*" dovesse essere inteso come fatto agli ultimi tre esercizi finanziari, e non agli ultimi tre anni solari: pertanto, è stato chiesto alla ALFA S.r.l. – che aveva prodotto documentazione relativa ai servizi svolti nei tre

anni anteriori (2005, 2006 e 2007) – di documentare il proprio fatturato sulla scorta dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi (2004, 2005 e 2006); sulla base di tale produzione, è risultato ridotto il punteggio riportato dalla ALFA per la voce *de qua*, con l'effetto di rendere prima in graduatoria, e conseguentemente aggiudicataria del servizio, la Gestioni BETA S.r.l.

Investito del ricorso proposto dalla ALFA S.r.l., il T.A.R. del Lazio ha annullato le determinazioni della stazione appaltante, essenzialmente sulla scorta di due rilievi: *a)* la chiarezza dell'enunciato della *lex specialis* di **gara** laddove impiegava la locuzione “*tre anni*”, tale da non presentare alcuna ambiguità o incertezza atta a legittimare un'operazione interpretativa del tipo di quella posta in essere dalla stazione appaltante; *b)* l'impossibilità di adottare un'interpretazione della clausola in oggetto, inerente agli elementi dell'offerta, che trasformasse uno di essi in una mera “duplicazione” del requisito del fatturato pregresso per servizi analoghi (richiesto, ai fini dell'ammissione alla **gara**, in altra parte della *lex specialis*), per non incorrere in violazione del noto divieto di commistione tra requisiti di partecipazione alla **gara** ed elementi dell'offerta.

**3.** Tutto ciò premesso, il Collegio osserva che non può condividersi l'assunto del primo giudice, nonché della ricorrente in primo grado ed odierna appellata ALFA S.r.l., in ordine all'assoluta chiarezza e univocità della clausola della *lex specialis* di **gara** oggetto di contestazione.

E, difatti, appare evidente che il riferimento agli “*ultimi tre anni*” non può essere letto in modo avulso dal contesto della clausola in questione, e specificamente dall'impiego, nel testo della stessa, del termine “*fatturato*”, tale da richiamare un dato contabile e finanziario, piuttosto che meramente storico: il “*fatturato*”, ad avviso del Collegio, individua non il complesso degli affari svolti in un determinato arco di tempo, ma quello ricompreso in un determinato esercizio finanziario, e pertanto può essere determinato unicamente con riferimento ai bilanci di esercizio (che, come noto, costituiscono il riferimento temporale convenzionale in materia contabile e finanziaria).

Insomma, si deve ritenere, sulla scorta di una lettura del bando di **gara** improntata a criteri di oggettività e ragionevolezza, che l'unico modo con cui la stazione appaltante avrebbe potuto agganciare a un riferimento certo l'individuazione di un dato, quale quello richiesto ai concorrenti, fosse quello di richiamarsi ai bilanci di esercizio, unici documenti contabili che consentano di ricostruire il “*fatturato*” in maniera non arbitraria od opinabile.

Al contrario, l'opposta opinione avrebbe determinato non solo – come giustamente rilevato dalle Amministrazioni appellanti – incertezze e rischi di contestazioni con riguardo all'individuazione del *dies ad quem* del riferimento temporale contenuto nel capitolato (ben potendo, nel silenzio della *lex specialis* sul punto, farsi riferimento indifferentemente ai tre anni anteriori alla pubblicazione del bando, ovvero ai tre anni anteriori alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte), ma anche e soprattutto la possibilità di documentare servizi svolti ma non ancora “fatturati” (essendo dato di comune esperienza che sovente determinate prestazioni, svolte in un determinato anno,

vengono fatturate in un momento successivo e quindi inserite nel bilancio dell'anno successivo), ancora una volta con rischi di equivoci e contestazioni.

Alla luce di ciò, si appalesano del tutto corrette sia la decisione dell'Amministrazione di porsi il problema del significato da dare alla clausola *de qua* (non sussistendo, come appena evidenziato, quell'assoluta univocità della stessa che, sola, avrebbe precluso ogni operazione ermeneutica) sia l'interpretazione in concreto adottata (la più idonea, come pure si è visto, a scongiurare il rischio di dubbi e incertezze in sede applicativa).

**4.** A fronte di tali considerazioni, scarsamente perspicui appaiono i rilievi svolti dall'odierna appellata – e in parte condivisi dal primo giudice – in ordine al rischio di una violazione del divieto di commistione tra i requisiti di capacità richiesti ai concorrenti per la partecipazione alla **gara** e gli elementi dell'offerta.

Innanzitutto, l'argomento prova troppo, nel senso che tale rischio non verrebbe meno neanche ove si accogliesse l'interpretazione che intende l'inciso “*tre anni*” come riferito agli ultimi anni solari, essendo evidente che anche in tal caso a essere valutato sarebbe il “*fatturato*” pregresso dell'impresa, ossia lo stesso elemento già preso in considerazione quale requisito di ammissione alla **gara**, con la sola differenza, del tutto marginale ai fini che qui interessano, dell'arco temporale di riferimento.

In secondo luogo, senza voler contestare il noto orientamento giurisprudenziale di derivazione comunitaria secondo cui, essendo la procedura di **gara** tesa a selezionare la migliore offerta e non il miglior offerente, il bando di **gara** non può duplicare, nella previsione degli elementi dell'offerta oggetto di valutazione, la prescrizione dei requisiti di capacità tecnica ed economica già preliminarmente richiesti ai concorrenti ai fini dell'ammissione alla **gara**, non può però sottacersi che tale principio va applicato *cum grano salis* nelle procedure – come quella che occupa – relative ad appalti di servizi, in cui l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un *facere* che può essere valutata unicamente sulla base di criteri quali-quantitativi, fra i quali ben può rientrare la considerazione della pregressa esperienza dell'operatore, come anche della solidità ed estensione della sua organizzazione d'impresa.

Sotto tale profilo, appare legittimo che tra gli elementi oggetto di valutazione possa rientrare anche il pregresso positivo svolgimento di servizi analoghi a quello oggetto di **gara** per un importo significativo, come richiesto nel caso che occupa dal capitolato sotto la voce “*Attività e struttura organizzativa dell'impresa*”.

Una previsione siffatta non può dirsi seriamente in contrasto col principio sopra richiamato, laddove peraltro essa attribuisca un peso ponderale non decisivo all'elemento così considerato: ciò che avviene nel caso di specie, laddove per il fatturato pregresso era prevista l'attribuzione di un massimo di soli 8 punti sui 50 attribuibili all'offerta tecnica.

**5.** In conclusione, s'impone la riforma della sentenza impugnata, con la integrale reiezione del ricorso di primo grado.

**6.** Sussistono altresì giusti motivi per compensare tra le parti le spese relative ad entrambi i gradi di giudizio.

**P.Q.M.**

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione IV, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del *28 ottobre 2008* con l'intervento dei signori:

Costantino Salvatore	Presidente f.f.
Pier Luigi Lodi	Consigliere
Salvatore Cacace	Consigliere
Eugenio Mele	Consigliere
Raffaele Greco	Consigliere, est.

L'ESTENSORE    IL PRESIDENTE, f.f.

Raffaele Greco	Costantino Salvatore
----------------	----------------------

IL SEGRETARIO

Giacomo Manzo

- -

*N.R.G. 5444/2008*

RL