



REPUBBLICA ITALIANA

N. 192 Reg.Ric.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Anno 1997

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER L'EMILIA-ROMAGNA

N. 678 Reg.Sent.

SEZIONE DI PARMA

Anno 2004

composto dai Signori:

Dott. Gaetano Ciccì	Presidente
Dott. Umberto Giovannini	Consigliere
Dott. Italo Caso	Consigliere Rel. Est.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 192 del 1997 proposto da F.A. Petroli S.p.A., in persona dell'ing. Danilo Portaluppi, rappresentata e difesa dall'avv. Tiziano Ugoccioni e dall'avv. Franco Pinardi, ed elettivamente domiciliata in Parma, borgo Salnitrra n. 4, presso lo studio dell'avv. Giovanni Pinardi;

contro

l'Azienda U.S.L. di Piacenza, in persona del legale rappresentante p.t., difesa e rappresentata dall'avv. Giorgio Cugurra e presso lo stesso elettivamente domiciliata in Parma, via Mistrali n. 4;

con l'intervento *ad opponendum*

di Giglio Giovanni S.p.A., in persona del legale rappresentante Sergio Giglio, difesa e rappresentata dall'avv. Alessandra Vignali e presso la stessa elettivamente domiciliata in Parma, via Mistrali n. 4;

per l'annullamento

della deliberazione n. 208 del 3 febbraio 1997, con cui il Direttore generale dell'Azienda U.S.L. di Piacenza ha escluso la società ricorrente dalla gara relativa all'affidamento del “servizio di gestione calore e gestione della manutenzione degli impianti elettrici ed idraulici dei fabbricati di proprietà o di competenza dell'Azienda USL di Piacenza dislocati nel territorio della ex USL n° 3 di Val d'Arda”;

del bando di gara, nella parte in cui limita l'accesso alla licitazione privata a soli nove concorrenti e fissa i relativi criteri selettivi;

degli atti di gara concernenti la fase di prequalificazione (verbali n. 1 del 14 gennaio 1997 e n. 2 del 21 gennaio 1997);

di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda USL di Piacenza;

Visto l'atto di intervento *ad opponendum* di Giglio Giovanni S.p.A.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il dott. Italo Caso;

Uditi alla pubblica udienza del 5 ottobre 2004 l'avv. Mendolia – in sostituzione dell'avv. Ugoccioni – per la ricorrente e l'avv. Cugurra per l'Amministrazione resistente.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Riferisce la società ricorrente che l'Azienda USL di Piacenza indiceva una gara, da svolgersi con il metodo della licitazione privata con procedura ristretta, per l'affidamento del “servizio di gestione calore e

gestione della manutenzione degli impianti elettrici ed idraulici dei fabbricati di proprietà o di competenza dell'Azienda USL di Piacenza dislocati nel territorio della ex USL n° 3 di Val d'Arda"; che il bando prevedeva l'invito di soli nove concorrenti, precisando i relativi criteri di scelta; che, presentata la relativa domanda di partecipazione, la ricorrente non veniva inclusa tra le imprese invitate.

Avverso gli atti di gara, ivi compreso il bando, ha proposto impugnativa l'interessata, deducendo:

1) Violazione, travisamento, falsa ed erronea applicazione dell'art. 27, comma 2, della direttiva 92/50/CEE, dell'art. 11, lett. e), della legge n. 146/93 e dell'art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 157/95, nonché degli artt. 11 e 12 del d.lgs. n. 157/95. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; per avere illegittimamente previsto e dato applicazione al meccanismo della c.d. forcilla pur in assenza di criteri obiettivi stabiliti dal legislatore nazionale in attuazione della delega di cui all'art. 11, lett. e), della legge n. 146/93; per violazione della *par condicio*; per carenza assoluta di motivazione; per violazione del corretto procedimento. Straripamento di potere; incompetenza.

Nel dare applicazione alla delega concessagli per l'attuazione della direttiva 92/50/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, il Governo si è limitato a trascrivere il testo della corrispondente norma comunitaria, senza specificare i criteri che devono guidare gli enti appaltanti nell'ammissione dei concorrenti alle procedure ristrette. Ne consegue che l'art. 27, comma 2, della direttiva 92/50/CEE non è ancora applicabile, perché privo della disciplina di

dettaglio che il legislatore ha ommesso di introdurre; né, d'altra parte, sono allo scopo utilizzabili, in via analogica, le disposizioni relative agli appalti di forniture e agli appalti di lavori pubblici. Pertanto, l'Amministrazione ha nella circostanza impiegato un meccanismo di selezione non consentito.

2) Violazione, travisamento ed erronea applicazione dell'art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 157/95. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; per avere stabilito il meccanismo della c.d. forcella sulla base di criteri illogici, contraddittori e inconferenti; per violazione del principio della massima partecipazione; per avere immotivatamente ristretto la rosa dei partecipanti; per violazione del corretto procedimento; per ingiustizia manifesta e disparità di trattamento. Violazione del principio della libera e reale concorrenza.

Difetta qualsiasi indicazione delle ragioni del ricorso al meccanismo della c.d. "forcella", e comunque i criteri fissati per la scelta dei nove concorrenti da ammettere alla gara risultano discriminatori, illogici ed inconferenti rispetto al tipo di servizio da appaltare. Non si comprende infatti perché si sono presi in considerazione i soli appalti relativi al triennio 1993/1995, escludendo quelli assunti fino alla pubblicazione del bando; né è logico privilegiare il numero complessivo degli appalti rispetto al valore degli stessi; né, ancora, garantisce parità di trattamento l'equiparazione del raggruppamento all'impresa singola, essendo evidente che il primo, per cumulare i requisiti delle associate, finisce per essere sempre avvantaggiato. Appare infine incomprensibile come altre imprese abbiano potuto ottenere un

punteggio più alto, stante il fatturato e l'organico inferiori.

Conclude quindi la ricorrente per l'annullamento degli atti impugnati.

Si è costituita in giudizio l'Azienda U.S.L. di Piacenza, resistendo al gravame.

L'istanza cautelare della ricorrente veniva respinta dalla Sezione alla Camera di Consiglio in data 8 aprile 1997 (ord. n. 142).

Successivamente ha spiegato atto di intervento *ad opponendum* la Giglio Giovanni S.p.A., in quanto aggiudicataria dell'appalto.

All'udienza del 5 ottobre 2004, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Non inclusa tra le imprese destinatarie dell'invito alla licitazione privata indetta dall'Azienda U.S.L. di Piacenza per l'affidamento del “*servizio di gestione calore e gestione della manutenzione degli impianti elettrici ed idraulici dei fabbricati di proprietà o di competenza dell'Azienda USL di Piacenza dislocati nel territorio della ex USL n° 3 di Val d'Arda*”, la società ricorrente impugna gli atti di gara. Imputa all'Amministrazione di avere impiegato il meccanismo della c.d. “forcella” – restringendo a nove gli inviti –, pur in assenza dei necessari criteri legali per la scelta delle ditte da ammettere alla selezione; lamenta, in ogni caso, l'omessa indicazione delle ragioni di pubblico interesse che giustificerebbero il ricorso al suddetto metodo di prequalificazione, nonché l'illogicità e l'inconferenza, sotto più profili, dei parametri all'uopo utilizzati dalla stazione appaltante.

Il Collegio ritiene di poter prescindere dalla disamina delle eccezioni

sollevate dall'Amministrazione resistente, in quanto il ricorso è infondato.

In esecuzione della delega conferita al Governo per l'attuazione della direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992, in tema di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, è stato emanato il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157; in particolare, l'art. 22, comma 2, dispone che *“nella licitazione privata e nell'appalto concorso l'amministrazione aggiudicatrice può prevedere, facendone menzione nel bando di gara, i numeri minimo e massimo di prestatori di servizi che intende invitare; i limiti sono definiti in relazione alla natura del servizio da prestare, fermo restando che il numero minimo non deve essere inferiore a cinque e quello massimo, almeno di norma, a venti prestatori di servizi; in ogni caso, il numero di candidati invitati a presentare offerte deve essere sufficiente a garantire una concorrenza effettiva”*. Secondo la ricorrente, essendosi limitato il legislatore nazionale a trascrivere il testo della corrispondente norma comunitaria, senza specificare i criteri cui devono attenersi gli enti appaltanti nella scelta dei soggetti ammessi alla gara, la prescrizione sul numero massimo di inviti (c.d. “forcella”) sarebbe allo stato inoperante nel nostro ordinamento, in attesa che una disposizione di legge provveda a colmare il vuoto normativo. Di conseguenza – si assume – è illegittimo *in parte qua* il bando di gara oggetto della controversia.

La censura non è meritevole di accoglimento.

La circostanza che analoghe norme, in altri settori degli appalti

pubblici, rechino analitica indicazione dei parametri di condotta delle stazioni appaltanti non costituisce ragione sufficiente per considerare incompleta la disposizione di che trattasi. Nulla infatti si oppone a che la fissazione dei criteri sia di volta in volta operata dalle Amministrazioni in sede di bando, naturalmente nel rispetto dei canoni di razionalità, congruità e coerenza che presiedono alle determinazioni discrezionali di qualsiasi organo amministrativo.

Induce in tal senso anche la considerazione che, seppure le direttive comunitarie richiedano in linea di principio il loro recepimento nell'ordinamento interno attraverso apposite disposizioni di dettaglio, esse – come è noto – sono tuttavia immediatamente applicabili tutte le volte in cui risultino sufficientemente concrete, precise e incondizionate, nel senso che il relativo contenuto non lasci alcun margine di discrezionalità agli Stati membri quanto alla loro attuazione e la fattispecie ivi contemplata sia determinata in tutti i suoi elementi. Il che è stato rilevato anche per la direttiva in materia di appalti pubblici di servizi, tanto da essere stata la stessa ritenuta pienamente operativa nel nostro ordinamento fin dal 1° luglio 1993, data entro la quale lo Stato italiano avrebbe dovuto emanare le norme per conformarsi alle relative prescrizioni (v. TAR Lombardia, Milano, 24 luglio 1996 n. 1225 e TAR Abruzzo, L'Aquila, 4 dicembre 1996 n. 712; Cons. Stato, Sez. II, 26 ottobre 1994 n. 1281; Corte conti, Sez. contr. Stato, 18 gennaio 1997 n. 4); è pur vero che la giurisprudenza comunitaria ha successivamente operato una distinzione tra le disposizioni dei titoli I e II della direttiva n. 92/50, tutte direttamente

applicabili, e le restanti disposizioni (riguardanti la scelta delle procedure di aggiudicazione e le norme relative ai concorsi di progettazione, le norme comuni in campo tecnico e di pubblicità, nonché quelle relative ai criteri di partecipazione, di selezione e di aggiudicazione), anch'esse – salvo solo talune limitate eccezioni – incondizionate e sufficientemente chiare e precise (v. Corte giust. Com. eur. 24 settembre 1998 n. 76/97 e 4 marzo 1999 n. 258/97), tuttavia il secondo comma dell'art. 27, rilevante nel caso di specie, non rientra tra le ipotesi residuali, trattandosi di prescrizione puntuale nel delimitare l'ambito di azione degli enti appaltanti, chiamati ad esercitare il proprio potere discrezionale nel rispetto di canoni non indeterminati (*“Qualora le amministrazioni aggiudichino un appalto mediante procedura ristretta, esse possono fissare il numero massimo e minimo di prestatori di servizi che intendono invitare: in questo caso tali cifre limite devono figurare nel bando di gara. I limiti sono determinati in relazione alla natura del servizio da prestare, fermo restando che il numero minimo non deve essere inferiore a cinque e quello massimo superiore a venti prestatori di servizi”*). Con la conseguenza che sarebbe del tutto contraddittorio ritenere immediatamente efficace la disposizione comunitaria di che trattasi – perché sufficientemente dettagliata nel suo contenuto –, e al contempo considerarla non applicabile perché la norma interna avrebbe omesso di specificarne ulteriormente la portata.

Quanto, poi, alla carente indicazione dei motivi per i quali l'Amministrazione ha optato per la determinazione di un numero

massimo di offerenti, appare sufficiente osservare come i bandi di gara, al pari dei bandi di concorso (v. Cons. Stato, Sez. VI, 24 marzo 2000 n. 1745), siano atti generali, e come tali sottratti all'obbligo di motivazione, ai sensi dell'art. 3, comma 2, della legge n. 241 del 1990. Pertanto, in assenza di specifiche previsioni *ad hoc*, non può addebitarsi all'ente appaltante alcuna omissione, nulla essendo richiesto sul punto in termini di motivazione; che sarebbe invece necessaria, perché espressamente imposta, sia nel caso in cui occorresse giustificare il ricorso alla "procedura accelerata" nell'ambito di una licitazione privata, di un appalto-concorso o di una trattativa privata, sia nel caso in cui occorresse dar conto delle ragioni del ricorso alla trattativa privata senza preliminare pubblicazione di un bando di gara (v., in tal senso, l'allegato 4 al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157).

I restanti profili di doglianza investono in sé i criteri di selezione degli aspiranti offerenti, senza però prospettare questioni fondate.

Non appare innanzi tutto censurabile che il triennio di riferimento per il vaglio dei precedenti appalti assunti dalle imprese interessate si fermi al 31 dicembre 1995 – ignorando il periodo residuo successivo (fino alla pubblicazione del bando di gara) –, in quanto l'Amministrazione ha evidentemente voluto prendere in considerazione, con una scelta non illogica, un arco temporale omogeneo a quello del fatturato (relativo agli ultimi tre esercizi), sì da fotografare in maniera compiuta l'andamento aziendale generale del periodo immediatamente anteriore alla gara. Né ha ragione la

ricorrente nel lamentare un indebito rilievo assegnato al numero degli appalti rispetto al loro valore complessivo; in realtà, la suddivisione degli stessi in tre scaglioni con individuazione di corrispondenti coefficienti correttivi (valore annuo maggiore o uguale a 5 miliardi, da moltiplicarsi per 1,0; valore annuo tra 5 e 2,5 miliardi, da moltiplicarsi per 0,5; valore annuo tra 2,5 e 1,0 miliardi, da moltiplicarsi per 0,25) appare sufficientemente rappresentativa, ai limitati fini della prequalificazione, del loro diverso grado di incidenza sulla capacità economico-finanziaria complessiva dell'impresa, mentre la consistenza numerica concorre a rivelare, sotto un ulteriore profilo – quello della molteplicità di esperienze in servizi analoghi –, l'effettivo livello di affidabilità dell'interlocutore, arricchendo in modo non incongruo gli elementi di giudizio a disposizione dell'Amministrazione. Quanto, infine, al presunto squilibrio dei criteri di selezione – che, ammettendo *ex se* le associazioni temporanee di imprese, le avvantaggerebbero rispetto alle imprese singole –, si tratta di doglianze che non tiene conto della stessa ragion d'essere delle a.t.i., e cioè di aggregazioni che svolgono una obiettiva funzione antimonopolistica, consentendo l'ampliamento della dinamica concorrenziale e favorendo l'ingresso sul mercato di imprese di minori dimensioni o specializzate in particolari settori produttivi e tecnologici (v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2002 n. 2294); pertanto, è tipico di tale figura che si provveda alla sommatoria dei mezzi e delle qualità delle imprese facenti parte del raggruppamento, seppur nel necessario concorso di taluni requisiti minimi per ciascuna

di esse, senza che ciò integri alcuna forma di alterazione della *par condicio*.

Il ricorso, in conclusione, va respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza della ricorrente, e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE per l'EMILIA-ROMAGNA, Sezione di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite, nella misura di € 2.500,00 (duemilacinquecento/00) in favore dell'Azienda U.S.L. di Piacenza e di € 1.000,00 (mille/00) in favore dell'interveniente Giglio Giovanni S.p.A.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Parma, nella Camera di Consiglio del 5 ottobre 2004.

f.to Gaetano Ciccìo

Presidente

f.to Italo Caso

Consigliere Rel.Est.

Depositata in Segreteria ai sensi dell'art.55 L. 27/4/82, n.186.

Parma, lì 20 ottobre 2004

f.to Eleonora Raffaele

Il Segretario

fg