



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 1185 del 2009, proposto da:
Tecnobus S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Enrico Angelone, Luigi Napolitano, con domicilio eletto presso Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia N.50;

contro

Atac S.p.A. - Agenzia per la Mobilita' del Comune di Roma, rappresentato e difeso dagli avv. Piero Lorusso, Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, largo Messico,7; Carind S.P.A;

Sul ricorso numero di registro generale 1666 del 2009, proposto da:
Atac Spa - Agenzia per la Mobilita' del Comune di Roma, rappresentato e difeso dagli avv. Piero Lorusso, Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, largo Messico,7;

contro

Carind Spa;

nei confronti di

Tecnobus Spa;

per la riforma

quanto al ricorso n. 1185 del 2009:

della sentenza del Tar Lazio - Roma :sezione Ii Ter n. 11147/2008, resa tra le parti, concernente GARA D'APPALTO PER LA FORNITURA DI AUTOBUS ELETTRICI.

quanto al ricorso n. 1666 del 2009:

della sentenza del Tar Lazio - Roma :sezione Ii Ter n. 11147/2008, resa tra le parti, concernente GARA D'APPALTO PER LA FORNITURA DI AUTOBUS ELETTRICI.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2009 il dott. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati Angelone, Napolitano e Lorusso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio la società CAR.IND. s.p.a. impugnava il bando di gara n. 7/2008 con cui l'ATAC s.p.a., Agenzia per la Mobilità del Comune di Roma, aveva indetto la procedura aperta per la stipula di un accordo quadro della durata di cinque anni per la fornitura di n. 100 autobus elettrici a batteria innovativa ad alta capacità con manutenzione full service.

La ricorrente, in particolare, censurava la legittimità della clausola del bando contenuta nel punto 13 lett. a) che richiedeva ai partecipanti, quale requisito di

ammissione alla procedura, il possesso di un fatturato non inferiore a 10 milioni di euro conseguito nel triennio precedente con riferimento a forniture di autobus elettrici a batterie (di cui almeno il 50% relativo ad autobus elettrici con batterie ad alta tecnologia).

Allo stesso modo, la società contestava l'altro requisito previsto nel punto 13 lett. b del bando che richiedeva, per la partecipazione alla gara, l'attestazione di aver conseguito un fatturato non inferiore a 8 milioni di euro conseguito nel triennio precedente con riferimento a servizi di manutenzione full service di autobus elettrici a batterie.

L'importo complessivo dell'accordo quadro indetto dall'Agenzia resistente è stato stimato, per l'intero quinquennio di validità, in complessivi euro 40.250.000,00, di cui euro 22.050.000,00 per la fornitura degli autobus elettrici ed euro 18.200.000,00 per il servizio di manutenzione full service.

Al riguardo, la ricorrente proponeva il seguente motivo:

- eccesso di potere, sussistente in relazione alla richiesta di possesso dei partecipanti dei requisiti di cui ai punti 13 lett. a) e 13 lett. b) per violazione dei principi di non discriminazione, trasparenza e proporzionalità; illogicità per incongruenza con il fine pubblico della gara e per violazione del principio del favor participationis; violazione degli artt. 41 e 42 del D.lgs n. 163/2006.

I requisiti di partecipazione richiesti nei punti 13 lett. a) e b) del bando risulterebbero irragionevoli e sproporzionati in relazione alla natura ed al valore dell'appalto.

Ciò in quanto il settore di riferimento (fornitura e manutenzione di autobus elettrici ad alta tecnologia) è un mercato nuovo che solo di recente si sta aprendo a nuove imprese.

Ciò non consentirebbe ai nuovi operatori del settore di aver già conseguito i fatturati richiesti dal bando di gara.

A ciò si aggiunga che la prima tranche in cui è stata divisa la fornitura degli autobus si aggira intorno ai 10 milioni di euro, che coincide con il fatturato richiesto alle imprese partecipanti, il che violerebbe il principio di proporzionalità.

Il fatturato, poi, è riferito non ad un settore generico ma a quello specifico rappresentato per il 50% da autobus elettrici a batteria e per il restante 50% da automezzi con batterie ad alta tecnologia.

Ciò costituirebbe una chiara pratica discriminatoria che restringe la platea dei concorrenti alla gara.

La previsione del bando violerebbe, poi, l'art. 41 del D.lgs n. 163/2006 nella parte in cui, per la dimostrazione del fatturato, richiama il "settore oggetto della gara". Tale richiamo, invero, non legittimerebbe la pretesa di richiedere la dimostrazione del requisito con riferimento al settore specifico oggetto della gara.

Lo stesso varrebbe con riferimento al fatturato richiesto per il servizio di manutenzione full service di autobus elettrici a batteria (8 milioni nel triennio – punto 13 lett. b) che, combinato con quello di cui al punto 13 lett. a), ridurrebbe ancora di più il novero dei partecipanti alla gara.

Si costituiva in giudizio l'ATAC eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso sotto svariati profili. L'ATAC eccepeva, anzitutto, l'inammissibilità del gravame in quanto, in una analoga precedente gara indetta dalla stessa ATAC (n. 17/04 per la fornitura di 36 autobus elettrici con manutenzione full service di sei anni), l'ATI capeggiata dalla società Rampini, di cui la ricorrente era mandante, pur essendo risultata aggiudicataria della procedura selettiva, aveva poi rinunciato alla stipulazione del relativo contratto (in relazione al quale pende controversia dinanzi al giudice civile); ciò costituirebbe la prova della mancanza, da parte della ricorrente, dei requisiti per partecipare alla presente gara (n. 7/08), se non all'interno di un'ATI; a ciò deve aggiungersi il fatto che la società interessata è parte avversa in una controversia giudiziaria con la stazione appaltante. Eccepeva,

inoltre, l'inammissibilità del ricorso per omessa notifica ad almeno un controinteressato e, in particolare, l'omessa integrazione del contraddittorio nei confronti della società nel frattempo divenuta aggiudicataria della gara (la TECNOBUS). L'ATAC eccepiva, poi, la tardività del ricorso in quanto notificato in data 3 giugno 2008, essendo la pubblicazione del bando sulla GUCE avvenuta il 1° aprile 2008. L'Agenzia resistente deduceva, poi, una serie di profili di inammissibilità, quali la genericità dei motivi, nonché l'inammissibilità dell'impugnativa del bando in ragione della mancata presentazione dell'offerta da parte della ricorrente.

Con sentenza n.11147 del 9.12.2008 la Sezione II ter del T.A.R. del Lazio, dopo aver rigettato tutte le eccezioni pregiudiziali proposte dalla stazione appaltante, accoglieva il ricorso nel merito, ritenendo fondato il motivo con il quale la CAR.IND s.p.a. aveva contestato la violazione dei principi del favor participationis per avere l'Amministrazione predeterminato nel bando di gara dei requisiti di capacità tecnica ed economica sproporzionati rispetto al valore dell'affidamento, considerati ingiustamente discriminanti e tali da limitare la possibilità della più ampia partecipazione alla procedura selettiva pubblica.

Tale sentenza, in quanto ritenuta erronea ed ingiusta, è stata impugnata sia dall'aggiudicataria TECNOBUS s.p.a., con ricorso n. 1185/2009 r.g., sia dall'ATAC s.p.a., con ricorso n. 1666/2009 r.g., che ne chiedono l'annullamento e/o la riforma, con conseguente rigetto del ricorso di prime cure e con condanna dell'appellata al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio.

La CAR.IND, benché ritualmente intimata, non si è costituita nella presente fase di gravame.

Con ordinanze nn. 1308 e 1325 del 10 marzo 2009 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare e, per l'effetto, ha sospeso l'efficacia della sentenza impugnata, ritenendo

che “nella presente fattispecie l’Amministrazione ha esercitato scelte di discrezionalità tecnica e tale discrezionalità non risulta manifestamente illogica”.

Le società appellanti hanno depositato memorie e la causa è stata trattata in decisione alla pubblica udienza del 23 ottobre 2009.

DIRITTO

Gli appelli in epigrafe, in quanto proposti avverso la medesima sentenza, devono essere riuniti, ai sensi dell’art. 335 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo.

Essi sono fondati nel merito e, pertanto, devono essere accolti.

Ciò, a ben vedere, consente al Collegio di dispensarsi dall’esame delle numerose eccezioni pregiudiziali di inammissibilità proposte nel corso del giudizio di primo grado e riproposte in questa sede come motivi di appello dalla società aggiudicataria della commessa e dall’Amministrazione appaltante, dal momento che, appunto, il ricorso introduttivo del giudizio andava respinto nel merito.

Infondate, invero, si appalesano le censure, accolte dai primi giudici, di “non proporzionalità”; di “incongruità” e di “illogicità” relative ai requisiti di cui all’art. 13 lett. a) e b) del bando. Come, infatti, fondatamente dedotto dalle appellanti, la motivazione dei requisiti prescritti dal bando è da ricercarsi nella necessità che le imprese selezionate fossero in possesso della necessaria capacità economica e finanziaria per la fornitura e l’esperienza relativa ai servizi richiesti. Non può, invero, considerarsi irragionevole restringere il novero delle imprese che possano partecipare alla gara a quelle in grado di fornire le necessarie credenziali di affidabilità.

Secondo la giurisprudenza, infatti, le rilevanti dimensioni del luogo ove debbono essere svolti i servizi oggetto dell’appalto “implicano la necessità di selezionare un contraente dotato di comprovata esperienza nell’amministrazione del servizio in

grandi strutture e, quindi, di restringere l'accesso dell'affidamento del relativo appalto alle sole imprese capaci, per la specifica esperienza acquisita nel settore, di garantire una corretta gestione della complessa attività organizzativa ed operativa presupposta dalla regolare esecuzione delle prestazioni richieste" (cfr. Cons. St., Sez. V, 31.12.2003, n. 9305). A tale riguardo, poi, non ci si può esimere dal rilevare come, secondo ormai consolidata giurisprudenza, le Amministrazioni aggiudicatrici hanno il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche più rigorosi e restrittivi rispetto a quelli ex lege previsti, in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare (cfr. Cons. St., Sez. V, 1.6.2001 n. 2973; id., 31.12.2003, n. 9305; Cons. St., Sez. VI, 10.10.2002, n. 5442; Cons. St., Sez. IV, 12.6.2007, n. 3103).

In particolare, detto potere discrezionale, lungi dall'essere espressione di mero arbitrio dell'Amministrazione aggiudicatrice, costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, e si sostanzia, quindi, nel potere-dovere, assegnato all'Amministrazione, di apprestare (proprio attraverso la specifica individuazione degli specifici requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare (cfr. Cons. St., Sez. IV, 22.10.2004, n. 6972). Sotto tale profilo, non possono essere utilmente sottoposte al sindacato del giudice amministrativo le scelte operate dall'Amministrazione aggiudicatrice nel fissare specifici requisiti di partecipazione, salvo che questi non siano manifestamente irragionevoli, irrazionali od illogici rispetto al fine pubblico della gara. Orbene, le previsioni del bando in questione risultano congrue e proporzionali rispetto allo specifico oggetto della gara ed alla

sua rilevanza economica, nonché adeguate rispetto all'interesse pubblico perseguito.

Appaiono, pertanto, destituite di fondamento le contestazioni in ordine alla scelta di limitare ad imprese di grandi dimensioni l'accesso alla gara de qua.

La "ratio" della previsione di siffatto requisito è, infatti, come dedotto dall'Amministrazione appellante, quella di individuare un unico soggetto – sia che partecipi alla gara individualmente, sia in ATI e/o in Consorzio – che abbia la competenza e la professionalità idonee ed adeguate allo svolgimento del servizio oggetto dell'affidamento.

Nella specie, a fronte di un importo complessivo dell'accordo quadro stimato, per l'intero quinquennio di validità, in complessivi euro 40.250.000,00 (di cui euro 22.050.000,00 per la fornitura di 100 autobus elettrici ed euro 18.200.000,00 per il servizio di manutenzione full service), la stazione appaltante ha richiesto, quale requisito di capacità economica per partecipare alla gara (art. 41 D.lgs n. 163/2006), il possesso di un fatturato non inferiore a 10 milioni di euro conseguito nel triennio precedente con riferimento a forniture di autobus elettrici a batterie (di cui almeno il 50% relativo ad autobus elettrici con batterie ad alta tecnologia) e di 8 milioni di euro per i servizi di manutenzione full service di autobus elettrici a batterie.

Tali requisiti non sono illogici o sproporzionati, ma appaiono ragionevoli e coerenti con la rilevanza economica dell'appalto, atteso che i soggetti che vogliono partecipare alla gara devono dimostrare l'idoneità tecnica e finanziaria a svolgere l'attività oggetto di affidamento.

D'altra parte "la richiesta del possesso in capo alle imprese di uno specifico requisito economico-finanziario (di aver realizzato negli ultimi esercizi finanziari un fatturato medio non inferiore a quello presunto del lotto o dei lotti per i quali l'impresa concorre) è evidentemente finalizzato alla scelta del concorrente che dia

prova di adeguata affidabilità nell'espletamento del servizio da affidare per aver svolto un'attività di corrispondente valore finanziario nell'ultimo triennio, così che la relativa scelta è del tutto coerente, logica ed adeguata in relazione allo specifico oggetto della gara di appalto" (cfr. Cons. St., Sez. IV, 22.10.2004, n. 6972).

D'altro canto, a conferma della correttezza dell'interpretazione finora seguita, non può essere considerata priva di rilievo la circostanza di fatto, evidenziata dall'ATAC nei propri scritti, anche nel giudizio di prime cure, che proprio a seguito dell'aggiudicazione provvisoria di una gara analoga per la fornitura di 36 autobus elettrici da 7,5 metri con batterie innovative; all'atto dell'aggiudicazione definitiva l'ATI - della quale faceva parte anche la società CAR.IND, ricorrente in primo grado e odierna appellata - oltre ad aver evidenziato che trattavasi di mezzo "prototipale" e non di un mezzo "maturo" dal punto di vista tecnico-industriale, ha rinunciato alla fornitura per mancanza di capacità finanziaria a sostenere l'onerosità degli impegni connessi al periodo di garanzia richiesto dall'ATAC; orbene, tale evento (per il quale è in corso un'azione giudiziale in sede civile tra l'ATAC e l'ATI a suo tempo costituita), ha comportato di sicuro maggiori oneri, sia in termini finanziari che di perdita di tempo, per la stazione appaltante, oltre che nocimento per la cittadinanza, che non ha potuto in tal modo usufruire dell'implementazione del servizio nella zona del cosiddetto "tridente".

Per questo motivo l'ATAC, vista l'importanza e l'interesse per una fornitura di grande valore per la città di Roma, come quella di 100 autobus elettrici ad emissioni zero, coerentemente con l'esigenza di disporre di mezzi di trasporto rispondenti alla domanda ed affidabili, ha voluto, cosa assolutamente legittima, tutelarsi dalla presenza di fornitori o associazioni temporanee d'impresa privi della necessaria esperienza tecnica nel settore, da un lato, e di una accertata solidità economica e finanziaria, dall'altro, all'evidente fine di non incorrere nuovamente

nello spiacevole, oltre che pregiudizievole, inconveniente verificatosi nel recente passato.

Per le suesposte considerazioni gli appelli in esame sono fondati e, pertanto, devono essere accolti e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Le spese della doppia fase del giudizio, in applicazione della regola della soccombenza, sono poste a carico della società appellata e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, accoglie gli appelli in epigrafe, previamente riuniti, e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna l'appellata al pagamento delle spese ed onorari del doppio grado di giudizio in favore delle appellanti, liquidati complessivamente in euro 8.000,00, pari ad euro 4.000,00 per ciascuno, oltre I.V.A e C.P.A.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2009 con l'intervento dei Signori:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2010

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

Il Dirigente della Sezione