

Il potere discrezionale della Stazione appaltante di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge, lungi dall'essere espressione di mero arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e 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

La richiesta del possesso in capo alle imprese di uno specifico requisito economico – finanziario (di aver realizzato negli ultimi tre esercizi finanziari un fatturato medio non inferiore a quello presunto del lotto o dei lotti per i quali l'impresa concorre) è evidentemente finalizzata alla scelta del concorrente che dia prova di adeguata affidabilità all'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

In merito alla discrezionalità dell'amministrazione nel fissare i requisiti di ammissione alle gare, merita di essere segnalato il pensiero espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero n. 6972 del 22.10.2004

<Ad avviso della Sezione, pertanto, sulla base della lettura sistematica del secondo e del terzo comma dell'articolo 17 del decreto legislativo 17 marzo 1995 e, per quanto attiene alle imprese di pulizia, dal delineato sistema di qualificazione di cui al D.M. 7 luglio 1997, n. 274, non può dubitarsi che l'amministrazione aggiudicatrice abbia il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge, e che possa pertanto pretendere l'attestazione di requisiti di capacità diversi ed ulteriori dalla semplice iscrizione nell'elenco, le previsioni indicate nelle accennate disposizioni normative limitandosi a stabilire una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara, che pertanto ben possono essere derogati (o meglio incrementati, sotto l'aspetto qualitativo e quantitativo) dall'amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare>

ma non solo

< In tal senso la scelta di fissare specifici e più stringenti requisiti di ammissione e/o di partecipazione ad una gara pubblica (rispetto a quelli minimi stabiliti dalla legge e/o a quelli presuntivamente risultanti dalla certificazione di iscrizione in un elenco ufficiale di prestatore di servizi) ai fini della dimostrazione del possesso dell'adeguata (rispetto alla specifica gara in questione) capacità economico – finanziaria è ampiamente discrezionale, impinge nel merito dell'azione amministrativa e si sottrae, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che essa non sia *ictu oculi* manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria>

ma il Supremo giudice amministrativo non si ferma qui ed infatti ammette che:

< Ugualmente infondato è, infine, il rilievo, valorizzato dai primi giudici ai fini di giungere all'annullamento dell'atto impugnato, circa una presunta violazione della normativa comunitaria in tema di libertà di stabilimento per il fatto che il bando di gara prevedeva, **come condizione di**

partecipazione, la disponibilità da parte delle imprese concorrenti la disponibilità di uno o più sedi periferiche situate almeno una per ciascuna regione geografica oggetto del servizio.

Osserva al riguardo la Sezione che una tale previsione, lungi dal potersi qualificare come elemento di radicamento delle imprese concorrenti nel territorio italiano (escludendo così la partecipazione di imprese comunitarie), costituisce una mera misura organizzativa finalizzata esclusivamente all'effettivo, corretto e puntuale svolgimento del servizio oggetto di appalto e non è elemento di discriminazione, fondata sulla nazionalità, circa la partecipazione alla gara in questione: un simile carattere discriminante avrebbe potuto rinvenirsi se l'Amministrazione piuttosto che richiedere genericamente una sede logistica periferica, avesse piuttosto preteso che tale sede logistica avesse avuto puntuali caratteri (come l'essere di proprietà di cittadini o di imprese italiane, poter essere frequentata o utilizzata solo da lavoratori italiani dell'impresa concorrente, etc., questi soltanto potendo essere considerati elementi discriminatori della libertà di stabilimento>

a cura di Sonia Lazzini

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 Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello iscritto al NRG 3746 dell'anno 2002 proposto dal MINISTERO DELLA DIFESA, in persona del ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia ope legis in Roma alla via dei Portoghesi n. 12;

contro

LA *** VESUVIANA, in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandante del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese con la *** S.p.A. e la *** S.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv. Leopoldo Di Bonito e Carlo Sarro, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, Piazza di Spagna, n. 35;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. I bis, n. 2508 del 25 marzo 2002;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della *** Vesuviana S.r.l., in proprio e quale mandante del Raggruppamento Temporaneo di Imprese con la *** S.p.A. e la *** S.r.l.;

Visto il dispositivo n. 325 del 31/05/2004;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 27 maggio 2004 il consigliere Carlo Saltelli;

Uditi l'avvocato dello Stato Giannuzzi, per l'amministrazione appellante, e l'avvocato Soprano, su delega dell'avvocato Di Bonito, per la società appellata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, parte II, n. 96, del 21 dicembre 2001, il Ministero della Difesa (Direzione generale del commissariato e dei servizi generali, II Reparto – 6^a Divisione) indiceva una licitazione privata per il giorno 8 aprile 2002 per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali presso tutti gli enti della difesa dislocati sul territorio nazionale, per un importo annuo complessivo di circa £. 186.100.000.000 (I.V.A. esclusa, pari a € 96.110.000), da aggiudicare al prezzo più basso, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lettera a) del decreto legislativo n. 157/1995, prevedendo la durata del contratto fino al 31 dicembre 2002, con possibile rinnovo ai sensi di quanto previsto dall'articolo 27, comma 6, della legge n. 488 del 1999, come meglio specificato nella lettera d'invito.

Ai sensi del punto 5 del bando, erano ammesse a presentare offerte solo imprese, consorzi, associazioni di imprese, anche appositamente e temporaneamente raggruppate con l'osservanza della disciplina di cui all'articolo 11 del decreto legislativo n. 157/1995, in possesso di tutte le fasi di lavorazioni per il servizio in questione: le imprese raggruppate dovevano indicare nella richiesta di partecipazione alla gara (confermandole successivamente nell'offerta) le parti del servizio fornite da ciascuna impresa, in misura non inferiore al 30% dell'importo complessivo annuo di ciascun lotto posto in gara.

Ai sensi del successivo punto 6 del predetto bando, il servizio di pulizia oggetto di gara era diviso in due lotti, il primo (lotto n. 1) relativo a n. 369 enti rientranti nell'area Nord, per un importo complessivo annuo di £. 86.100.000.000 (I.V.A. esclusa, pari a € 44.466.939); il secondo (lotto n. 2) relativo a n. 267 enti rientranti nell'area Centro – Sud per un importo complessivo annuo di £. 100.000.000.000 (I.V.A. esclusa, pari a € 51.645.689).

Le domande di partecipazione alla gara dovevano essere corredate da apposite dichiarazioni sostitutive, sottoscritte dal legale rappresentante e redatte ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, attestanti stati, qualità e fatti ivi indicati, tra cui, per quanto qui interessa, il fatturato globale degli ultimi tre esercizi finanziari distinto per tipologia di servizi resi (ristorazione, pulizia, ecc.), con la specificazione che per essere ammessi alla gara le imprese o i raggruppamenti interessati dovevano aver realizzato, come media del fatturato degli ultimi tre esercizi finanziari, un valore non inferiore a quello presunto del lotto o dei lotti per i quali intendevano partecipare alla gara.

Con apposito ricorso giurisdizionale notificato, la società La *** Vesuviana S.r.l., in proprio e quale mandante del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese con la *** S.p.A. e la *** S.r.l., avendo fatto istanza di partecipazione alla ricordata gara, chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'annullamento del predetto bando di gara nella parte in cui stabiliva, ai fini della relativa partecipazione, quale requisito economico, l'aver realizzato un fatturato medio negli ultimi tre esercizi finanziari non inferiore a quello annuo presunto del lotto o dei lotti per il quale veniva presentata domanda di partecipazione.

A sostegno dell'impugnativa venivano sollevati tre ordini di censure.

Con il primo, rubricato “Violazione e falsa applicazione art. 17 D. Lgs. N. 157/95, art. 3 D.M. 274/97 e art. 1 lett. D) L. 82/94 – Violazione e falsa applicazione art. 13 D. Lgs. N. 157/95 – Eccesso di potere – Erroneità dei presupposti”, la società ricorrente rilevava che, possedendo il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese l’iscrizione nel relativo registro delle imprese di pulizia nella fascia di classificazione più alta, nessun altro requisito di partecipazione alla gara avrebbe potuto essere previsto nel bando a riprova della propria capacità economico – finanziaria.

Con il secondo, lamentando “Violazione dei principi generali in tema di contratti della P.A.”, la società ricorrente rilevava che il contestato requisito di partecipazione non era pertinente e congruo rispetto allo scopo perseguito e all’oggetto della gara.

Con il terzo, infine, deducendo “Violazione e falsa applicazione art. 17 del D. Lgs. 157/95, art. 1 L. 82/94 e D.M. 274/97”, veniva sostenuto dalla società ricorrente l’illegittimità dell’impugnato bando di gara che, in relazione ad una procedura di rilevante importo economico, richiedente pertanto un’accurata selezione delle imprese più qualificate, non conteneva alcun richiamo alla legge istitutiva del registro delle imprese di pulizia, unico strumento di qualificazione delle predette imprese.

L’adito Tribunale, sez. I bis, nella resistenza dell’intimata amministrazione, con la sentenza n. 2508 del 25 marzo 2002 accoglieva il ricorso ed annullava l’impugnato bando di concorso richiamando le considerazioni svolte nella propria precedente sentenza n. 1377 del 27 febbraio 2002, con la quale la predetta lex specialis della gara era stata ritenuta illegittima, sia in ragione degli specifici requisiti di capacità economica e finanziaria ivi fissati (che costituivano una indebita restrizione all’accesso alla gara stessa e si ponevano in contrasto anche con la presunzione di idoneità derivante dall’iscrizione dei prestatori di servizi in appositi albi (articolo 17, commi 1 e 2) del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 e articolo 3 del D.M. 7 luglio 1997, n. 274), sia in relazione all’ulteriore condizione per la partecipazione, consistente nella disponibilità di una o più sedi periferiche situate almeno una per ciascuna regione geografica oggetto del servizio, che, introducendo un elemento di radicamento territoriale dell’impresa aggiudicataria del servizio da affidare, si poneva pertanto in stridente contrasto con il principio di libertà di stabilimento di cui all’articolo 52 del Trattato Europeo.

Avverso tale statuizione ha proposto appello il Ministero della Difesa con atto notificato il 2 maggio 2002, deducendone l’erroneità, in quanto, a suo avviso, i primi giudici non avevano tenuto conto che nulla impediva all’amministrazione di fissare con il bando di gara specifici requisiti di ammissione e di partecipazione alla procedura concorsuale più stringenti e severi di quelli previsti dal ricordato articolo 17, 1° comma, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, che individuavano esclusivamente i requisiti minimi di partecipazione, con l’unico limite della loro logicità, congruità, ragionevolezza e proporzionalità, da valutarsi non già in astratto, bensì in concreto in relazione allo specifico oggetto della gara; così che in definitiva, proprio in relazione a quest’ultimo, nel caso concreto non poteva dubitarsi della legittimità delle previsioni contenute nel bando di gara impugnato che, pertanto, non era affetto dai vizi ex adverso sollevati ed inopinatamente ritenuti sussistenti dai predetti primi giudici.

L’appellata società La *** Vesuviana S.r.l., in proprio e nella qualità di mandante del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese con la *** S.p.A. e la *** S.r.l., si costituiva in giudizio, deducendo l’inammissibilità e l’infondatezza dell’avverso gravame.

Con ordinanza n. 2981 del 12 luglio 2002 veniva accolta l’istanza incidentale di sospensione dell’efficacia della sentenza impugnata.

DIRITTO

I. E' controversa la legittimità del bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, parte II, n. 96, del 21 dicembre 2001, con cui il Ministero della Difesa (Direzione generale del commissariato e dei servizi generali, II Reparto – 6^a Divisione) ha indetto una licitazione privata per il giorno 8 aprile 2002 per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali presso tutti gli enti della difesa dislocati sul territorio nazionale, per un importo annuo complessivo di circa £. 186.100.000.000 (I.V.A. esclusa, pari a € 96.110.000), da aggiudicare al prezzo più basso, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lettera a) del decreto legislativo n. 157/1995, nella parte in cui, al punto 9, ha previsto in capo alle imprese, come specifico requisito di ammissione alla gara, l'aver conseguito un fatturato globale degli ultimi tre esercizi finanziari distinto per tipologia di servizi resi (ristorazione, pulizia, ecc.), con la precisazione che per essere ammessi alla gara le imprese o i raggruppamenti interessati dovevano aver realizzato, come media del fatturato degli ultimi tre esercizi finanziari, un valore non inferiore a quello presunto del lotto o dei lotti per i quali intendevano partecipare alla gara. .

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. I bis, con la sentenza n. 2508 del 25 marzo 2002, accogliendo il ricorso proposto dalla società La *** Vesuviana S.r.l., in proprio e quale mandante del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese con la *** S.p.A. e la *** S.r.l., ha annullato il predetto bando alla stregua delle considerazioni svolte nella propria precedente sentenza n. 1377 del 27 febbraio 2002, ritenendo, in particolare, che gli elevatissimi requisiti di capacità economico – finanziaria richiesti per la partecipazione alla gara, oltre ad essere ingiustificatamente limitativi dei fondamentali principi di concorrenzialità e della più ampia partecipazione possibile delle imprese alle gare pubbliche, risultavano altresì in contrasto con le previsioni del comma 1 dell'articolo 17 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 e dell'articolo 3 del D.M. 7 luglio 1997, n. 274.

L'Amministrazione della Difesa ha ritualmente e tempestivamente impugnato detta statuizione, chiedendone la integrale riforma, rivendicando l'assoluta legittimità dell'impugnato bando, in quanto i requisiti di capacità economico – finanziaria richiesti per la partecipazione alla gara in questione trovavano logica ed adeguata giustificazione in relazione all'elevatissimo valore economico della gara, così che non sussistevano le lamentate violazioni della normativa indicata dalla società ricorrente in primo grado.

Resiste al gravame l'appellata società, instando per il rigetto del gravame.

II. La Sezione osserva che ai fini della soluzione della controversia in esame occorre stabilire se in una gara pubblica per l'affidamento di un servizio di pulizia di locali l'amministrazione pubblica appaltante possa pretendere, in capo alle imprese partecipanti, requisiti di capacità (economica e finanziaria) superiori e diversi rispetto a quelli fissati direttamente dalla legge, nonché se la certificazione di iscrizione di un'impresa partecipante in elenchi ufficiali di prestatori di servizi, ex articolo 17 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, osti alla legittimità della previsione nel bando di gara della prova di ulteriori requisiti di idoneità ai fini della partecipazione alla gara.

II.1. Deve, al riguardo, innanzitutto rilevarsi che, secondo quanto si desume dalla lettura del comma 2, dell'articolo 17 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, l'iscrizione di un concorrente in uno degli elenchi di prestatori di servizi costituisce per l'amministrazione aggiudicatrice "presunzione di idoneità alla prestazione di servizi corrispondente alla classificazione del concorrente, limitatamente a quanto previsto dagli articoli 12, comma 1, lettere a), b), c) ed f); 13, comma 1, lettere b) e c), 14, comma 1, lettera b), e 15 del presente decreto".

Detta presunzione, invero, solo alcuni fatti e stati dell'impresa iscritta: 1) non trovarsi in stato di fallimento, di amministrazione controllata, di concordato preventivo, o in qualsiasi altra situazione equivalente secondo la legislazione dello Stato in cui sono stabiliti, ovvero non avere in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, oppure non versare in uno stato di sospensione dell'attività commerciale (articolo 12, comma 1, lett. a); 2) non aver subito una condanna passata in giudicato ovvero una sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per qualsiasi reato che incide sulla moralità professionale o per delitti finanziari (articolo 12, comma 1, lett. b); 3) non avere commesso nell'esercizio della propria attività professionale un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice (articolo 12, comma 1, lett. c); 4) non essersi resa gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire informazioni che possono essere richieste ai sensi del presente articolo o degli articoli da 13 a 17 (articolo 12, comma 1, lett. f); 5) possesso della capacità economica, non dovendo darsi alcuna prova di essa in relazione alle lettere b) [bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa] e c) [dichiarazione concernente il fatturato globale di impresa e l'importo relativo ai servizi identici a quello oggetto della gara, realizzato negli ultimi tre esercizi] del comma 1, dell'articolo 13; 6) possesso della capacità tecnica, non dovendo fornirsi alcuna prova in relazione alla lettera b), del comma 1, dell'articolo 14 (titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi e/o dirigenti dell'impresa concorrente e, in particolare, dei soggetti concretamente responsabili della prestazione di servizi); 7) iscrizione nei registri professionale.

Solo in ordine a tali fatti e stati è fatto divieto all'Amministrazione di contestarli ovvero di chiedere prova del loro effettivo possesso, secondo la puntuale disposizione contenuta nel terzo comma del già citato articolo 17 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157.

E' agevole rilevare che i requisiti di cui è in tal modo presunto il possesso si atteggiano a requisiti minimi di partecipazione ad una gara, essendo stabiliti in modo astratto dalla legge, indipendentemente dal valore di una concreta procedura concorsuale e dalle capacità tecniche, organizzative e finanziarie di cui l'aggiudicatario deve essere effettivamente in possesso per poter espletare in modo completo ed esauriente il servizio oggetto di appalto; del resto, diversamente opinando, la normativa in esame sarebbe irragionevole nella misura in cui pretenderebbe di disciplinare in maniera standard, fissa, identica ed immutabile, situazioni (ovverosia gare di appalto) diverse tra di loro, quanto a valore economico e a difficoltà tecnico - organizzative.

II.2. Analoghe considerazioni possono essere svolte, ad avviso della Sezione, in relazione al sistema di qualificazione delle imprese di pulizie iscritte nel registro di cui all'articolo 3 del D.M. 7 luglio 1997, n. 274 (Regolamento di attuazione degli articoli 1 e 4 della legge 25 giugno 1994, n. 82, per la disciplina delle attività di pulizia, di disinfezione, di derattizzazione e di sanificazione).

Invero, l'articolo 2 del predetto decreto stabilisce che, ai fini dell'iscrizione nel registro, i requisiti di capacità economico - finanziaria per l'esercizio delle attività di pulizia si intendono posseduti al semplice verificarsi di alcune condizioni (quali l'iscrizione all'INPS e all'INAIL di tutti gli addetti, compreso il titolare e i familiari e i soci prestatori d'opera; l'assenza di protesti cambiari negli ultimi cinque anni a carico del titolare, per le imprese individuali, dei soci, per le società di persone, degli amministratori per le società di capitali e per le società cooperative, salvo riabilitazione ai sensi dell'articolo 17 della legge 7 marzo 1996, n. 108, ovvero dimostrazione di avere completamente soddisfatto i creditori; l'esistenza di rapporti con il sistema bancario da comprovare con apposite dichiarazioni bancarie riferite agli affidamenti effettivamente accordati), indipendentemente da ogni riferimento circa l'attività effettivamente svolta dall'impresa ed il suo effettivo valore economico.

Inoltre deve rilevarsi, per la classificazione di un'impresa in una delle 10 fasce previste dal ricordato articolo 3, la determinazione del volume di affari al netto di IVA a tal fine occorrente avviene sulla base della media del volume di affari realizzato nell'ultimo triennio o nel minor periodo di attività, comunque non inferiore a due anni, e che la classe di attribuzione è quella immediatamente superiore al predetto importo medio (comma 2, dell'articolo 3).

Pertanto, anche tale classificazione si basa su mere presunzioni di idoneità tecnico – economica di un'impresa ad una certa gara in ragione dell'esistenza di situazioni o indici astrattamente individuati dal legislatore.

II.3. Ad avviso della Sezione, pertanto, sulla base della lettura sistematica del secondo e del terzo comma dell'articolo 17 del decreto legislativo 17 marzo 1995 e, per quanto attiene alle imprese di pulizia, dal delineato sistema di qualificazione di cui al D.M. 7 luglio 1997, n. 274, non può dubitarsi che l'amministrazione aggiudicatrice abbia il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge, e che possa pertanto pretendere l'attestazione di requisiti di capacità diversi ed ulteriori dalla semplice iscrizione nell'elenco (C.d.S., sez. V 1 giugno 2001, n. 2973; 31 dicembre 2003, n. 9305; sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442), le previsioni indicate nelle accennate disposizioni normative limitandosi a stabilire una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara, che pertanto ben possono essere derogati (o meglio incrementati, sotto l'aspetto qualitativo e quantitativo) dall'amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare.

Detto potere discrezionale, lungi dall'essere espressione di mero arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e 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.

In tal senso la scelta di fissare specifici e più stringenti requisiti di ammissione e/o di partecipazione ad una gara pubblica (rispetto a quelli minimi stabiliti dalla legge e/o a quelli presuntivamente risultanti dalla certificazione di iscrizione in un elenco ufficiale di prestatore di servizi) ai fini della dimostrazione del possesso dell'adeguata (rispetto alla specifica gara in questione) capacità economico – finanziaria è ampiamente discrezionale, impinge nel merito dell'azione amministrativa e si sottrae, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che essa non sia *ictu oculi* manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria (già citate C.d.S., sez. V 1 giugno 2001, n. 2973; 31 dicembre 2003, n. 9305; sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442, nonché sez. V, 15 febbraio 2000, n. 801).

II.4. Ciò precisato, la Sezione ritiene che l'appello dell'Amministrazione della difesa è fondato e deve essere accolto.

II.4.1. Posto infatti, che l'Amministrazione della difesa ben poteva stabilire requisiti di partecipazione e/o di ammissione alla gara di cui si discute più stringenti e più elevati rispetto a quelli previsti dalla legge e che la stessa certificazione di iscrizione dell'impresa ricorrente nell'albo delle imprese di pulizia della società ricorrente in primo grado non costituiva circostanza ostativa alla richiesta di ulteriori attestanti la capacità economico – finanziaria ai fini della partecipazione alla gara, le previsioni del bando di gara, oggetto di impugnativa, non appaiono *ictu oculi* affette da irragionevolezza, arbitrarietà, contraddittorietà ed illogicità e risultano congrue e proporzionali

rispetto allo specifico oggetto della gara, alla sua importanza (anche in relazione all'elevato valore economico) e, in definitiva, adeguate rispetto all'interesse pubblico perseguito dovendosi al punto ricordare, per completezza, che non occorre, ai fini della legittimità del bando di gara, alcuna specifica indicazione delle ragioni dell'aggravamento delle condizioni di gara, qualora esso venga mantenuto nei limiti della ragionevolezza e sia comunque assicurata la par condicio (C.d.S., sez. V, 22 gennaio 2003, n. 241).

Infatti, la richiesta del possesso in capo alle imprese di uno specifico requisito economico – finanziario (di aver realizzato negli ultimi tre esercizi finanziari un fatturato medio non inferiore a quello presunto del lotto o dei lotti per i quali l'impresa concorre) è evidentemente finalizzata alla scelta del concorrente che dia prova di adeguata affidabilità all'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.

La legittimità di tale scelta esclude la fondatezza di qualsiasi censura, circa l'eventuale violazione dei principi di concorrenzialità e della più ampia partecipazione possibile alle gare pubbliche.

II.4.2. Ugualmente infondato è, infine, il rilievo, valorizzato dai primi giudici ai fini di giungere all'annullamento dell'atto impugnato, circa una presunta violazione della normativa comunitaria in tema di libertà di stabilimento per il fatto che il bando di gara prevedeva, come condizione di partecipazione, la disponibilità da parte delle imprese concorrenti la disponibilità di uno o più sedi periferiche situate almeno una per ciascuna regione geografica oggetto del servizio.

Osserva al riguardo la Sezione che una tale previsione, lungi dal potersi qualificare come elemento di radicamento delle imprese concorrenti nel territorio italiano (escludendo così la partecipazione di imprese comunitarie), costituisce una mera misura organizzativa finalizzata esclusivamente all'effettivo, corretto e puntuale svolgimento del servizio oggetto di appalto e non è elemento di discriminazione, fondata sulla nazionalità, circa la partecipazione alla gara in questione: un simile carattere discriminante avrebbe potuto rinvenirsi se l'Amministrazione piuttosto che richiedere genericamente una sede logistica periferica, avesse piuttosto preteso che tale sede logistica avesse avuto puntuali caratteri (come l'essere di proprietà di cittadini o di imprese italiane, poter essere frequentata o utilizzata solo da lavoratori italiani dell'impresa concorrente, etc.), questi soltanto potendo essere considerati elementi discriminatori della libertà di stabilimento.

III. In conclusione, sulla base delle suesposte considerazioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado dalla società La *** Vesuviana S.r.l., in proprio e quale mandante de costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese con la *** S.p.A. e lz *** S.r.l.

La peculiarità della controversia induce la Sezione a disporre la compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quarta), definitivamente pronunciando sull'appello proposto dal Ministero della Difesa avverso la sentenza n. 2508 del 25 marzo 2002 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione I bis, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado dalla società La *** Vesuviana

S.r.l., in proprio e quale mandante de costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese con la *** S.p.A. e lz ***zza S.r.l.

Dichiara integralmente compensate fra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, addì 27 maggio 2004, dal Consiglio di Stato (sez. IV), riunito in camera di consiglio, con la partecipazione di:

SALVATORE COSTANTINO - Presidente F.F.

RULLI DEDI MARINELLA - Consigliere

POLI VITO - Consigliere

MOLLICA BRUNO - Consigliere

SALTELLI CARLO - Consigliere, est.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli Costantino Salvatore

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

22 ottobre 2004

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Antonio Serrao

MASSIMA

Sulla base della lettura sistematica del secondo e del terzo comma dell'articolo 17 del decreto legislativo 17 marzo 1995 e, per quanto attiene alle imprese di pulizia, dal delineato sistema di qualificazione di cui al D.M. 7 luglio 1997, n. 274, non può dubitarsi che l'amministrazione aggiudicatrice abbia il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge, e che possa pertanto pretendere l'attestazione di requisiti di capacità diversi ed ulteriori dalla semplice iscrizione nell'elenco, le

previsioni indicate nelle accennate disposizioni normative limitandosi a stabilire una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara, che pertanto ben possono essere derogati (o meglio incrementati, sotto l'aspetto qualitativo e quantitativo) dall'amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare.

L'esercizio di detto potere discrezionale costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e 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: le scelte così operate da un'amministrazione aggiudicatrice, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie, sproporzionate, illogiche e contraddittorie.