

Se nella lex specialis di gara si richiede una capacità tecnica riferita a servizi analoghi svolti nell'ultimo biennio, il lasso di tempo nel quale tale esperienza deve essere stata maturata è quello dalla pubblicazione del bando al termine di presentazione delle offerte, in quanto non può essere preso in considerazione un tempo antecedente a tali date.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 7410 del 14 dicembre 2006 ci insegna che:

<L'Amministrazione appellante ha, invero, correttamente rilevato che il servizio reso dall'originaria ricorrente dal novembre 2002 al novembre 2003 non poteva essere ritenuto sufficiente ai fini della copertura di un anno di servizio analogo che doveva essere stato svolto nell'ultimo biennio dalle concorrenti ai fini dell'ammissione alla gara; ciò in quanto il bando di gara risulta essere stato pubblicato il 20 dicembre del 2004 nella G.U. n. 297; ed è da tale data che deve aversi riferimento, per motivi di certezza, per verificare la sussistenza del requisito di cui si discute; al più, il requisito avrebbe potuto essere maturato (se più conveniente per il concorrente) nel lasso di tempo corrente tra la pubblicazione del bando e il termine di scadenza per la presentazione delle offerte, ma non poteva essere preso in utile considerazione il periodo di tempo antecedente al biennio corrente a ritroso dalla data di pubblicazione stessa o dalla data di scadenza della presentazione delle offerte>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 1366 REG:RIC.

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

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1366/2006, proposto dal CONSORZIO COMUNITÀ COLLINARE del FRIULI, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Antonio e Francesco Paolo MANSI e Gabriele PAFUNDI e presso quest'ultimo elettivamente domiciliato in Roma, viale Giulio Cesare 14, sc. A, int. 4,

c o n t r o

la società *** srl, in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio SARTORI e Mario Ettore VERINO e presso il secondo elettivamente domiciliata in Roma, via Lima 15,

e nei confronti

della società *** soc. coop., in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Roberto PAVIOTTI, con domicilio eletto in Roma, via delle Quattro Fontane 10, presso lo Studio legale GHIA,

nonché

in quanto in A.T.I. con la predetta società coop. ***, della *** s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituitasi in giudizio,

per la riforma

della sentenza del TAR del Friuli Venezia Giulia 1° dicembre 2005, n. 943;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio delle società *** s.r.l. e *** soc. coop.;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno della rispettive difese;

visti gli atti di causa;

relatore, alla pubblica udienza del 9 maggio 2006, il Consigliere Paolo BUONVINO;

uditi, per le parti, gli avv.ti PAFUNDI, VERINO e PAVIOTTI;

visto il dispositivo n. 235 dell'11 maggio 2006.

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue.

F A T T O

1) – Con ricorso straordinario al Capo dello Stato è stato chiesto, dalla società *** s.r.l., l'annullamento della deliberazione del Consiglio di amministrazione del Consorzio intimato n. 8 del 17 gennaio 2005 che, previa esclusione della ricorrente, ha aggiudicato l'appalto, mediante pubblico incanto, del servizio di raccolta, trasporto e recupero beni durevoli alla controinteressata ATI ***-***, nonché, all'occorrenza, del bando di gara, limitatamente alla prescrizione di cui al punto 10, paragrafo 2, lettera K.

A seguito di atto di opposizione della controinteressata *** scarl, intimata in sede straordinaria, con cui la stessa ha chiesto, ai sensi dell'art. 10, primo comma, del D.P.R. 24.11.1971 n. 1199, che il ricorso amministrativo fosse trasposto in sede giurisdizionale, il giudizio è stato riassunto innanzi al TAR del Friuli Venezia Giulia, che lo ha deciso con la sentenza qui appellata.

La ricorrente ha chiesto, con il predetto ricorso straordinario, l'annullamento dell'impugnato atto con il quale (previa sua esclusione, perché essa non avrebbe certificato di aver prestato, per un anno nell'ultimo biennio, un servizio analogo a quello oggetto di gara per una popolazione complessiva superiore a 60.000 abitanti) il controverso appalto è stato aggiudicato alla controinteressata.

2) - Il TAR ha rigettato, anzitutto, l'eccezione, avanzata dalle parti resistenti, con la quale si era dedotta l'inammissibilità del ricorso in quanto notificato solo ad una delle società controinteressate riunite in A.T.I.; in proposito, ha ritenuto che correttamente il contraddittorio fosse stato esteso, dalla ricorrente, anche alla seconda delle imprese associate.

I primi giudici hanno, poi, condiviso la posizione della controinteressata, nella parte in cui ha negato che potesse darsi adito, nel caso in esame, a una domanda risarcitoria, dato che non era stata nemmeno proposta in quella sede.

Per quanto riguarda il merito il TAR ha ritenuto che il ricorso dovesse essere accolto per un motivo di sostanza.

In particolare, perché era contrario al vero l'atto impugnato là dove, nel recepire il deliberato della Commissione di gara, aveva disposto l'esclusione della ricorrente in quanto "dalle dichiarazioni della *** spa (Venezia) e della *** spa (VA) si evince un periodo di servizio inferiore all'anno", mentre solo da tale ultima certificazione risultava che erano stati espletati servizi in appalto per il periodo richiesto.

Ad avviso dei primi giudici, invero, la dichiarazione della *** indicava, come periodo di esecuzione, quello "novembre 2002 – novembre 2003" per una popolazione di 96.500 abitanti.

E se con tale locuzione si doveva intendere che il servizio era stato svolto da una determinata, anche se non indicata, data di novembre di un anno a quella corrispondente dell'anno successivo, la sua durata risultava, invero, pari a tredici mesi e, quindi, superiore all'anno; ma, anche a voler supporre qualsiasi diverso giorno di inizio e di fine del mese predetto, la sua durata non poteva, comunque, essere inferiore a dodici mesi; donde, in accoglimento del ricorso, la declaratoria di illegittimità dell'esclusione della ricorrente e della conseguente aggiudicazione all'ATI controinteressata.

3) – Con l'appello in esame il Consorzio soccombente in primo grado deduce l'erroneità della sentenza sotto molteplici profili; in particolare, in relazione al computo del periodo di servizio analogo svolto dalla ricorrente in primo grado, che, contrariamente a quanto ritenuto dai primi giudici, non avrebbe attinto alla durata minima di un anno (anche perché non cumulabile con altri servizi analoghi di minore durata) e che, inoltre, non avrebbe potuto neppure essere definito come analogo a quello messo a concorso; la ricorrente, inoltre, avrebbe dovuto anche tempestivamente impugnare il bando di gara.

Si è costituita ad adjuvandum la società cooperativa *** che insiste per l'accoglimento dell'appello sia in quanto il TAR avrebbe errato nel computare il periodo di servizio analogo utile e necessario ai fini dell'ammissione alla gara, sia in quanto i servizi espletati dall'originaria ricorrente non avrebbero potuto essere definiti come analoghi a quello messo a concorso.

Si è costituita in giudizio resistendo anche la società *** s.r.l. che, in memoria conclusionale, insiste per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza appellata.

DIRITTO

1) – Con la sentenza appellata è stato accolto il ricorso (instaurato in sede straordinaria e trasposto innanzi al TAR) proposto dalla società *** s.r.l. per l'annullamento della deliberazione del Consiglio di amministrazione del Consorzio intimato n. 8 del 17 gennaio 2005 che, previa esclusione della medesima, ha aggiudicato l'appalto, mediante pubblico incanto, del servizio di raccolta, trasporto e recupero beni durevoli alla controinteressata ATI ***-***, nonché, all'occorrenza, del bando di gara, limitatamente alla prescrizione di cui al punto 10, paragrafo 2, lettera K.

2) - La sentenza è impugnata dal Consorzio soccombente in primo grado che ne deduce l'erroneità anzitutto in quanto il TAR non avrebbe tenuto conto di nessuna delle eccezioni svolte, andando, inoltre, anche al di là delle censure formulate dalla ricorrente; in particolare, avrebbe errato nel ritenere che questa avesse espletato almeno un anno di servizio analogo nell'ultimo

biennio; ciò in quanto, ai fini del computo del periodo utile di espletamento di servizi analoghi, avrebbe dovuto farsi riferimento alla data di pubblicazione del bando di gara (o, meglio ancora, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte - 10 gennaio 2005); pubblicazione avvenuta oltre la metà del mese di dicembre del 2004; con la conseguenza che il servizio reso tra il mese di novembre 2002 e il mese di novembre del 2003 a favore della *** non avrebbe potuto soddisfare il richiesto requisito annuale.

Né sarebbe stato possibile sommare più periodi di servizio in quanto, in base ad una corretta interpretazione del bando, avrebbe potuto farsi riferimento solo a servizi di durata almeno annuale i quali soli avrebbero garantito l'acquisizione della necessaria esperienza nel settore da parte delle concorrenti; esperienza che la stessa *** s.r.l., negli atti di causa, avrebbe denotato esserle ancora mancante.

La clausola di bando di cui si discute, in definitiva, era da ritenere immediatamente lesiva per la sfera giuridica della ricorrente in quanto in grado di inibirle la partecipazione alla gara; con la conseguenza che la stessa avrebbe dovuto essere impugnata nel termine di decadenza decorrente dalla data di pubblicazione del bando di gara.

Il servizio reso dalla *** s.r.l., inoltre, non sarebbe stato neppure analogo a quello messo a concorso; detta società, infatti, non avrebbe mai svolto in precedenza – neppure per un mese – il servizio di “recupero” dei beni durevoli che, invece, rappresenterebbe la parte più difficile, delicata ed essenziale dell'appalto in termini di sicurezza e sanità pubblica.

3) – Ritiene il Collegio che il ricorso di primo grado sia da accogliere, ma per motivi diversi da quelli indicati dal TAR.

L'Amministrazione appellante ha, invero, correttamente rilevato che il servizio reso dall'originaria ricorrente dal novembre 2002 al novembre 2003 non poteva essere ritenuto sufficiente ai fini della copertura di un anno di servizio analogo che doveva essere stato svolto nell'ultimo biennio dalle concorrenti ai fini dell'ammissione alla gara; ciò in quanto il bando di gara risulta essere stato pubblicato il 20 dicembre del 2004 nella G.U. n. 297; ed è da tale data che deve aversi riferimento, per motivi di certezza, per verificare la sussistenza del requisito di cui si discute; al più, il requisito avrebbe potuto essere maturato (se più conveniente per il concorrente) nel lasso di tempo corrente tra la pubblicazione del bando e il termine di scadenza per la presentazione delle offerte, ma non poteva essere preso in utile considerazione il periodo di tempo antecedente al biennio corrente a ritroso dalla data di pubblicazione stessa o dalla data di scadenza della presentazione delle offerte.

Donde l'erroneità, sul punto, della sentenza appellata.

4) - Al servizio espletato dall'originaria ricorrente a favore dell'*** poteva, peraltro, logicamente aggiungersi – secondo quanto dedotto in primo grado dall'originaria ricorrente e in questa sede ribadito - quello espletato, a partire dal 4 agosto 2004, a favore di ***); il bando, infatti, non prevedeva, al contrario di quanto assume l'appellante, che il servizio utile da prendere in considerazione fosse continuativo ed unitario, consentendo, invece, in assenza di puntuali indicazioni in senso contrario, anche la cumulabilità dei servizi espletati nel biennio (art. 10, lett. k, del bando: “l'impresa appaltatrice dovrà garantire di avere svolto per un anno, nell'ultimo biennio, servizi analoghi a quelli oggetto d'appalto per conto di Enti pubblici...”); e se, in ipotesi, dovesse ritenersi dubbia la formulazione del bando sul punto, non di meno, per il principio del favor participationis, la clausola va, comunque, intesa in senso favorevole alla maggior partecipazione di concorrenti alla gara stessa.

Con la conseguenza che, cumulando il periodo ultraquadrimestrale da ultimo detto con quello di almeno undici mesi espletato a favore di ***, l'originaria ricorrente risulta avere svolto almeno un anno di servizi a favore di Enti pubblici.

5) - Assume, peraltro, nelle proprie difese, l'appellante che i servizi espletati dall'interessata anche se – una volta cumulati – in grado di superare l'ambito temporale di un anno prescritto dal bando, non sarebbero stati, comunque, utilmente valutabili poiché non si sarebbe trattato di servizi analoghi, le attività espletate corrispondendo solo in parte ridotta a quelle prescritte dal bando.

Sul punto, correttamente l'appellata rileva che una motivazione siffatta avrebbe dovuto essere resa, se del caso, dall'autorità emanante e non certo in sede giudiziale dalla difesa dell'amministrazione che, come è noto, non può integrare in sede giudiziale la motivazione degli atti amministrativi.

L'esclusione dell'originaria ricorrente è stata disposta, infatti, nei termini che seguono: “viene evidenziato che le certificazioni, richieste alla lettera k del bando di gara, presentate dalla ditta *** s.r.l. a dimostrazione del requisito di aver prestato per un anno nell'ultimo biennio servizi analoghi all'appalto per una popolazione superiore a 60.000 abitanti, risultano non cumulabili in quanto dalle dichiarazioni della *** s.p.a. (VE) e della *** s.p.a. (VA) si evince un periodo di servizio inferiore all'anno, mentre dalla dichiarazione della *** Rovigo s.p.a. la popolazione servita è inferiore a quanto richiesto” (quest'ultima notazione non è stata fatta oggetto di gravame). “La Ditta *** s.r.l. viene pertanto non ammessa al proseguimento della gara”.

Unico motivo di esclusione è stato, dunque, quello della non cumulabilità dei servizi espletati nell'ultimo biennio, mentre nessun riferimento la Commissione valutatrice (né l'Amministrazione in sede di approvazione degli atti di gara) ha fatto in relazione alla non classificabilità dei servizi resi come “analoghi” a quelli messi a concorso.

Spetterà, quindi, alla Commissione valutatrice (che, peraltro, come sopra osservato, non ha posto in discussione il carattere “analogo” dei servizi in concreto espletati dall'interessata e ascrivibili quanto meno alla voce A dello schema allegato alla lettera di invito) operare i relativi apprezzamenti, mentre sono inammissibili le deduzioni in tal senso svolte in sede giudiziale dalla difesa del Consorzio appellante.

6) – Per tali motivi, pronunciando sull'appello, va accolto il ricorso di primo grado con differente motivazione.

Le spese del grado possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato, Sezione quinta, pronunciando sull'appello in epigrafe, accoglie il ricorso di primo grado con differente motivazione.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma il 9 maggio 2006
DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 14 dicembre 2006