

N. 00471/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 03202/2010 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3202 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

SOCIETA' MANUTENZIONE ILLUMINAZIONE – SMAIL S.p.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Corrado Diaco, Stefano Baccolini e Francesco Rizzo, ed elettivamente domiciliata in Napoli alla Via dei Mille n. 40 presso lo studio del primo difensore;

***contro***

COMUNE DI AVELLINO, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Berardina Manganiello, Gabriella Briigliadoro, Giovanni Santucci de Magistris ed Amerigo Bascetta dell'Avvocatura Municipale, con i quali è elettivamente domiciliato in Napoli alla Via Campania n. 26 presso lo studio dell'Avv. Carlo Azzaro;

***per l'annullamento***

quanto al ricorso introduttivo:

a) del bando di gara, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 2 aprile 2010, relativo all'affidamento della "Gestione del servizio di illuminazione pubblica e realizzazione di interventi di efficienza energetica e di adeguamento normativo sugli impianti comunali con l'opzione del finanziamento tramite terzi", laddove – all'art. III.2) "Condizioni di partecipazione", punto III.2.2) "Capacità economica e finanziaria" e punto III.2.3) "Capacità tecnica" – rinvia alle corrispondenti prescrizioni del disciplinare di gara;

b) del disciplinare di gara, segnatamente dell'art. 4 "Requisiti di partecipazione", lettere c) "Requisiti inerenti la capacità economica e finanziaria" e d) "Requisiti inerenti la capacità tecnica", punto d.1;

c) per quanto necessario, del capitolato speciale d'appalto e dei chiarimenti resi dall'amministrazione committente nel documento del 18 maggio 2010;

d) di tutti gli altri atti lesivi, antecedenti (comprensivi della deliberazione di Giunta Comunale n. 828 del 23 dicembre 2008 e della determinazione dirigenziale n. 3497 del 23 dicembre 2009, richiamate nel disciplinare di gara) e/o successivi, comunque connessi ai provvedimenti impugnati e non conosciuti dalla società ricorrente;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

e) del provvedimento adottato dalla commissione di gara, con il quale è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla procedura

selettiva;

f) della nota del Comune di Avellino prot. int. 398 e prot. gen. 35616 del 22 giugno 2006, con la quale il presidente della commissione di gara ha comunicato alla ricorrente l'esclusione dalla procedura selettiva;

g) di tutti gli altri atti lesivi, antecedenti (comprensivi della deliberazione di Giunta Comunale n. 828 del 23 dicembre 2008 e della determinazione dirigenziale n. 3497 del 23 dicembre 2009, richiamate nel disciplinare di gara) e/o successivi, comunque connessi ai provvedimenti impugnati e non conosciuti dalla società ricorrente;

h) degli atti già impugnati con il ricorso introduttivo.

Visti il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2011 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Letto l'art. 120, comma 10, del c.p.a. sull'ordinaria redazione della sentenza in forma semplificata nel rito appalti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

- con il gravame in trattazione, come integrato dai motivi aggiunti, la società ricorrente impugna gli atti in epigrafe emarginati, lamentando l'illegittimità della sua esclusione dalla procedura aperta, indetta dal Comune di Avellino per la gestione del servizio di illuminazione pubblica, per una serie di ragioni attinenti alla violazione dell'art. 42 del codice dei contratti pubblici e dell'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, alla violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza dei requisiti di partecipazione alle gare, all'eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità manifesta, nonché all'illegittimità derivata;
- in via preliminare, deve essere disattesa l'eccezione di irricevibilità del ricorso formulata dalla difesa comunale sull'assunto che lo stesso sarebbe stato notificato a mezzo del servizio postale tardivamente, in data 3 giugno 2010, oltre il termine di legge decorrente dalla pubblicazione del bando di gara sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, avvenuta il 2 aprile 2010;
- si ravvisa – in disparte la notazione che l'art. 66, comma 8, del codice dei contratti pubblici sancisce, con riguardo agli avvisi ed ai bandi, che “gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale (tra cui rientrano i termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale, ndr.) decorrono dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana”, avvenuta nel caso specifico il 12 aprile 2010 (cfr. verbale di gara del

17 giugno 2010) – che la proposizione del ricorso è comunque tempestiva, essendo questo stato consegnato all'ufficiale giudiziario per le formalità di notifica in data 1° giugno 2010, ossia nel termine di sessanta giorni previsto dalla legge;

- deve essere parimenti disattesa l'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, con la quale parte resistente evidenzia il difetto di interesse ad agire in capo alla ricorrente, avendo quest'ultima dichiarato in sede di gara di non possedere il requisito di fatturato specifico prescritto dal disciplinare di gara (art. 4, lett. c, punto c.2), con la conseguenza di rendere inevitabile la sua esclusione dalla procedura;

- il Collegio rileva che, avendo la ricorrente esteso l'impugnativa anche alle disposizioni della lex specialis che costituiscono il presupposto applicativo della contestata esclusione, non può essere disconosciuta la pregnanza del suo interesse ad ottenere la rimozione giurisdizionale del quadro disciplinare e provvedimentale ostativo alla sua partecipazione alla gara;

- passando al merito della questione, occorre premettere in punto di fatto che la società ricorrente, come risulta dal verbale del 17 giugno 2010 e dalla relativa nota di comunicazione del successivo 22 giugno, è stata esclusa dalla procedura “per insufficienza dei requisiti di capacità economico-finanziaria prescritti a pena di esclusione dall'art. 4 Lett. c).c.2, del Disciplinare di Gara”, consistenti nello “aver realizzato, negli ultimi 3 (tre) esercizi, un importo per servizi di

manutenzione ordinaria e straordinaria di impianti di pubblica illuminazione non inferiore ad € 6.480.195,00”; nella specie, infatti, la ricorrente ha dichiarato di aver realizzato solo un importo pari ad € 3.451.763,23;

- ciò chiarito, si presenta fondata la censura con cui parte ricorrente, nell'impugnare tale clausola e la pedissequa esclusione, stigmatizza la sproporzione del descritto requisito di capacità economica e finanziaria rispetto alle caratteristiche del servizio da affidare, dal momento che il disciplinare pretenderebbe un fatturato specifico, calcolato per anno, pari ad € 2.160.065,00, a fronte di una base d'asta annuale specifica (prevista nel disciplinare) ammontante a complessivi € 324.009,72, con la conseguenza di richiedere un valore oltre sei volte e mezzo superiore;

- è principio consolidato in giurisprudenza, e condiviso dal Collegio, che la disciplina di gara ben può richiedere ai concorrenti requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza con riguardo alle specifiche esigenze imposte dall'oggetto dell'appalto, in modo da non limitare indebitamente l'accesso alla procedura delle imprese interessate (cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2010 n. 426; Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2304; TAR Lazio Roma, Sez. II, 9 dicembre 2008 n. 11147);

- ebbene, tali connotati di proporzionalità e ragionevolezza non si

rinvengono nella clausola del disciplinare quivi contestata, atteso che, sebbene l'importo dei servizi di manutenzione ordinaria e straordinaria si attesti, per l'intera durata ventennale dell'appalto, alla cifra di circa € 6.480.195,00 (pari, cioè, al fatturato specifico richiesto), non appare conforme ad esigenze di razionalità spalmare la suddetta somma solo sull'ultimo triennio al fine di ricavare l'affidabilità economico-finanziaria dell'impresa concorrente; infatti, ciò determinerebbe un importo annuale richiesto superiore di oltre sei volte la base d'asta annuale predefinita dallo stesso disciplinare all'art. 2 (€ 2.160.065,00 a fronte di € 324.009,72, come correttamente esposto in gravame), in contrasto, peraltro, con i più innovativi orientamenti della giurisprudenza, che ammettono che il requisito del fatturato globale o specifico possa raggiungere anche la soglia del doppio del prezzo fissato a base d'asta, senza che possa essere rinvenuta alcuna sproporzione fra grandezze (cfr. TAR Molise, Sez. I, 2 aprile 2008 n. 107; TAR Puglia Lecce, Sez. II, 5 febbraio 2007 n. 305);

- in altri termini, se è vero, come sostenuto dalla difesa comunale in conformità ad un diffuso indirizzo giurisprudenziale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17 febbraio 2009 n. 862), che i requisiti di capacità economico-finanziaria devono essere commisurati all'intero importo dell'appalto e non alle singole annualità, anche in ragione degli investimenti a cui potrebbe essere tenuta la ditta affidataria, è altrettanto vero che quando uno specifico requisito è richiesto con

riferimento ad un periodo limitato di tempo, inferiore alla durata dell'appalto (come è avvenuto nel caso di specie), tale requisito deve essere proporzionato all'importo dell'appalto come riparametrato in relazione al periodo di tempo più breve, al fine di impedire che possano irragionevolmente essere escluse dalla competizione imprese capaci di produrre potenzialmente fatturati in linea con le esigenze del servizio messo a gara;

- ne discende, in tale ottica, che non merita condivisione l'intera prospettazione difensiva dell'amministrazione comunale, tesa essenzialmente a dimostrare la congruenza del requisito del fatturato specifico sulla scorta del poco convincente argomento che quest'ultimo sarebbe "riferito all'intero periodo dell'appalto e cioè a mesi 240 (20 anni)";

- pertanto, essendo palese l'illegittimità per violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza della clausola del disciplinare di gara recante il requisito del fatturato specifico (art. 4, lett. c, punto c.2) e del relativo provvedimento di esclusione, deve essere disposto l'annullamento degli stessi con conseguente riammissione della ricorrente alla procedura selettiva;

- viceversa, devono essere dichiarate inammissibili per carenza di interesse le rimanenti censure della ricorrente volte ad infirmare gli ulteriori requisiti di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica, rispettivamente contemplati ai punti c.1 e d.1 dell'art. 4 del disciplinare (fatturato globale e servizi identici), dal momento che la

medesima è stata esclusa sulla base di altra motivazione e risulta comunque aver dichiarato, in sede di gara, il possesso di entrambi i requisiti (vd. documentazione acclusa alla memoria difensiva del Comune di Avellino depositata in data 21 luglio 2010);

- in conclusione, l'odierno ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, deve essere accolto nei limiti sopra precisati, mentre la novità della vicenda contenziosa costituisce particolare motivo per disporre la compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio, ad eccezione del contributo unificato, il cui importo deve essere rifuso dalla soccombente amministrazione in favore della società ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati, nei limiti precisati in motivazione.

Compensa le spese tra le parti ad eccezione del contributo unificato, il cui importo deve essere rifuso dal Comune di Avellino in favore della società ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 12 e 13 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)