



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 per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2586 del 2005, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cpl Concordia Societa' Cooperativa, in a.t.i con Cristoforetti Servizi Energia, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgio Recchia, Pietro Adami, Silvio Bozzi, con domicilio eletto presso l'avv. Marco Solveni in Venezia, Castello, 5204;

contro

Azienda Ospedaliera Verona - (Vr), rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Degli Antonini, Gianpaolo Sardos Albertini e Franco Zambelli, con domicilio eletto presso il terzo in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

per l'annullamento

del bando di gara denominato "licitazione privata per il servizio di

energia integrato e multiservizio tecnologico per gli immobili in proprietà o disponibilità dell'Azienda Ospedaliera di Verona nella parte in cui si prevedono i requisiti di capacità tecnica;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Verona - (Vr);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2011 il dott. Vincenzo Antonio Borea e uditi per le parti l'avv.to Adami per la parte ricorrente e l'avv.to Sardos Albertini per l'Azienda ospedaliera di Verona.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In fatto è opportuno ricordare che l'Ati capeggiata dalla società attuale ricorrente lamenta ab initio, con l'atto introduttivo, notificato nel novembre 2005, l'illegittimità del bando di una gara indetta dalla Azienda Ospedaliera di Verona (avente ad oggetto un servizio di gestione, conduzione, manutenzione ordinaria e straordinaria di impianti termici, di climatizzazione e tecnologici degli immobili in proprietà e disponibilità dell'Azienda stessa), nella parte in cui viene prevista, quale prova di capacità tecnica, "l'espletamento di servizi analoghi a quelli principali oggetto del bando di gara risultante da

almeno un contratto stipulato con strutture sanitarie pubbliche o private il cui valore complessivo, riferito al triennio 2002-2003-2004 sia pari o superiore ad €.10.000.000 I.V.A. esclusa. In caso di A.T.I. il contratto deve essere presentato dall'impresa capogruppo, ovvero, in alternativa, da due contratti stipulati con strutture sanitarie pubbliche o private la cui somma, riferita al triennio 2002-2003-2004, sia pari o superiore ad €. 15.000.000 I.V.A. esclusa. In caso di A.T.I. i contratti possono essere presentati uno dalla capogruppo e uno da una delle imprese mandanti.”.

Appare quasi ovvio sottolineare che la clausola della legge di gara tempestivamente contestata preclude ogni possibilità di utile partecipazione, mancando dichiaratamente l'A.T.I. ricorrente del requisito in questione, tanto è vero che la relativa domanda, pur tuzioristicamente presentata, verrà a suo tempo inevitabilmente e senza sorpresa alcuna dichiarata inammissibile (verbale di prequalificazione del 12 dicembre 2005) e sarà seguita poi, a conclusione della procedura, con atto del 25 settembre 2006, .dall'aggiudicazione a favore di altra A.T.I., nei cui confronti il giudizio è stato poi esteso con motivi aggiunti notificati in corso di causa.

Ciò premesso il Collegio, pur dando atto delle appassionate e doviziosamente argomentate difese poste in essere nell'atto introduttivo, nei motivi aggiunti e nelle successive numerose memorie difensive (peraltro contrastate con altrettanta ricchezza di argomentazioni da parte della P.A. intimata), non ritiene di potersi

discostare dalle conclusioni negative già a suo tempo in sede cautelare preannunciate da questa Sezione e per di più motivatamente confermate in sede di appello dalla V Sezione del Consiglio di Stato.

Non può essere infatti condivisa la tesi della asserita illegittimità, articolata sotto vari profili, della previsione del possesso, al fine di poter partecipare alla gara, di un contratto cosiddetto “di punta”, quale si configurerebbe il requisito tecnico imposto consistente nel poter vantare nel proprio curriculum l'espletamento un servizio del valore di dieci milioni (ovvero di due del valore complessivo di quindici milioni).

E' certamente vero che l'art. 14 del D.lvo n. 157/95, vigente al momento della pubblicazione del bando di gara de quo, si limitava genericamente a chiedere l'elenco dei principali servizi svolti, senza specificazioni ulteriori e senza imposizione di importi minimi.

Va osservato peraltro, come giustamente si ribatte ex adverso, che la giurisprudenza, in sede di verifica dell'applicazione concreta della suddetta disposizione, è costante nell'affermare che le stazioni appaltanti possono prevedere requisiti di partecipazione più severi e rigorosi di quelli indicati dal suddetto art. 14, ove questi peraltro, e della questione si accennerà più oltre, non siano discriminanti, illogici e sproporzionati rispetto alle specificità del servizio oggetto dell'appalto (Cons. Stato, V Sez., n. 6682/06; TAR Puglia, Bari, Sez. I, n. 1470/07). E le cose non cambieranno, per quel che qui può

valere, dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti, il cui art. 42 (concernente i requisiti di capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi) è stato analogamente inteso come idoneo a consentire la richiesta di requisiti di partecipabilità più severi rispetto a quelli indicati dalla norma, s'intende sempre nei limiti della non discriminazione e della proporzionalità (TAR Lazio, Roma Sez. II, n. 11147/08).

Ma se si ammette che le stazioni appaltanti possano richiedere, in relazione al tipo di servizio richiesto, requisiti più rigidi ed ulteriori rispetto a quelli minimi previsti dalla legge, necessariamente si deve ammettere come legittima anche la richiesta del cosiddetto contratto "di punta", come nella specie avvenuto, sempre che, naturalmente, tale richiesta trovi giustificazione nella configurazione del servizio richiesto (nella specie si tratta, come sopra già si è detto, di un servizio di gestione, conduzione, manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti termici, di climatizzazione e tecnologici, comprese le forniture dei combustibili, di strutture sanitarie ed ospedaliere, per il periodo nove anni, per un valore complessivo a base di appalto di 130 milioni di euro di cui 95,5 consistenti in servizi, vale a dire oltre 10 milioni all'anno, e 34,5 in lavori).

Anche qui si può ammettere che di regola, e il discorso riguarda in particolare, ma non solo, il caso in cui i soggetti partecipanti siano delle associazioni temporanee di imprese, come nella specie, sia consentito il cumulo dei requisiti speciali frazionabili, in modo da

consentire, nel caso appunto, di A.T.I., la partecipazione alle gare anche delle imprese minori; senonchè è proprio nel parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici richiamato dalla ricorrente, parere del resto (reso in data 11 marzo 2010) non a caso prodotto in giudizio dalla difesa dell'Amministrazione, che si dà per scontata la configurabilità di requisiti non frazionabili, quali ad es., appunto, un servizio di punta (nella specie esaminata dalla Autorità un appalto di servizi museali per un valore complessivo non inferiore a 10 milioni di euro), mentre per contro sono frazionabili i requisiti attinenti al fatturato globale e al numero dei dipendenti: questione che qui non interessa.

E la ratio di ciò è evidente, dato che la stazione appaltante, nel richiedere il possesso di un requisito "di punta" qual è un servizio del valore almeno 10 milioni di euro nel triennio precedente reso a strutture sanitarie, non importa se pubbliche o private, analogo a quello oggetto di gara (ovvero, a parziale contemperamento di quanto sopra, di due per complessivi 15 milioni) mira a garantirsi che il futuro aggiudicatario dell'appalto disponga di una struttura organizzativa fornita del livello quantitativo unitario di pregressa esperienza ritenuto idonea a portare a compimento lo svolgimento del servizio ora richiesto con la necessaria garanzia di professionalità, e la richiesta non appare né discriminatoria né sproporzionata, ove si tenga conto da un lato delle evidenti particolarità che presentano i problemi tecnologici attinenti al riscaldamento, alla climatizzazione e

alla fornitura di energia delle strutture sanitarie e ospedaliere (cfr. sul punto, Cons. St., Sez. V, n. 1807/05; vedasi anche, di questa I Sezione, sulla legittima richiesta di esperienza maturata in servizi identici, la recentissima pronuncia n. 6340/10) e dall'altro che il valore in euro del requisito richiesto si riferisce all'intero triennio preso in considerazione, e quindi vale tre milioni e trecento mila euro (ovvero 5 milioni) per anno: il tutto pienamente rispettoso della necessaria proporzione nei confronti di un appalto che prevede la prestazione di servizi per oltre 10 milioni all'anno.

Non può poi parte ricorrente essere seguita ove si sofferma (a lungo nei motivi aggiunti, mentre nell'atto introduttivo l'argomento era appena accennato) sulla propria asserita piena idoneità tecnica come comprovata dal certificato di qualità UNI EN ISO 90001 e dalla attestazione di qualificazione SOA categoria OG11, classifica illimitata, specificando che in base a quanto risulta dall'art. 1, comma 4, del DPR n. 34/00 (oltre che, si aggiunge, dallo stesso bandi gara) le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti il possesso di requisiti ulteriori rispetto a quelli ivi previsti.

Come prevedibilmente si oppone ex adverso, appare evidente la non utilità del richiamo (ulteriormente ribadito in sede di discussione orale) alla disciplina propria dei requisiti richiesti per partecipare a gare aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori, dato che nella specie ciò che viene richiesto dalla stazione appaltante è un requisito attinente a quella che è la parte preponderante dell'appalto in questione, per un

importo come detto di 94,5 milioni di euro nel novennio previsto, e cioè la prestazione di un servizio, categoria per la quale ovviamente, come sopra si è potuto constatare, non si possono applicare le norme che riguardano i lavori: mentre appare poi evidente che il riferimento contenuto nel bando di gara ai certificati di qualità UNI EN ISO 90001 e alle attestazioni SOA riguarda soltanto la restante, minoritaria parte dell'appalto, attinente questa volta a lavori, per un importo, come si è pure accennato, pari a 34,5 milioni di euro nel novennio.

Si contesta, infine, la previsione secondo la quale in alternativa ad un unico contratto di punta nel triennio di dieci milioni in ragione di un servizio analogo è consentita la partecipazione alla gara con due distinti contratti per l'importo complessivo di quindici milioni, censurandosi, in particolar modo, la precisazione secondo la quale i due detti contratti possono essere presentati uno dalla capogruppo e uno da una delle imprese mandanti.

Premesso che tale alternativa offerta ai soggetti aspiranti a partecipare alla gara si pone evidentemente, come già in precedenza accennato, come un contemperamento al requisito costituito da un unico contratto di dieci milioni (pur sempre "spalmato" nel triennio, si badi), sia pur nel limite di due soli contratti e quindi con una frazionabilità limitata ad una sola delle possibili mandanti in aggiunta al mandatario, appare in primo luogo agevole sgomberare il campo dalla asserita contraddittorietà di tale previsione con i requisiti

viceversa richiesti nello stesso bando di gara con riguardo alla capacità economica e finanziaria, requisiti che consentono la piena frazionabilità tra mandatario e mandanti con l'unico limite che impone il 60% al mandatario e il 10% a ciascun mandante: è evidente infatti che una cosa sono i requisiti attinenti alla capacità economica e finanziaria e una cosa completamente diversa sono i requisiti di capacità tecnica, tanto è vero che l'A.t.i. ricorrente possiede gli uni ma non gli altri.

In secondo luogo, poi, ugualmente evidente appare la ragione per la quale si è limitato nel modo che si è visto il contemperamento al requisito concernente il possesso di un contratto unico da dieci milioni (in sé considerato, peraltro, come sopra detto, del tutto proporzionato al valore dell'appalto) prevedendone una ridotta frazionabilità a due soli contratti dell'importo complessivo di quindici milioni.

Chiarito qui, come si osserva ex adverso, che nulla vieta, secondo la regola contenuta nel bando, che i due contratti possano essere in capo all'unica impresa singola partecipante alla gara oltre che alla stessa capogruppo in caso di A.t.i. (con ciò venendo meno la possibilità di ritenere che la previsione contestata sia dettata nell'ottica della possibile partecipazione in A.t.i al fine di escludere che le partecipanti possano essere più di due), appare agevole riscontrare ancora una volta il fatto che la regola imposta dalla stazione appaltante mira, sia pur con il contemperamento che si è

visto (che rende ammissibile un'offerta con due contratti di valore variabile, fermo restando il tetto di quindici milioni, a partire da sette milioni e mezzo ciascuno) a garantire una soglia minima di valore economico di esperienza organizzativa che venga ritenuta idonea, come si è visto, e con il conforto della giurisprudenza richiamata, a garantire il corretto svolgimento del servizio oggetto di gara.

Resta infine da osservare che il più volte ricordato contemperamento, pur nei limiti in cui il medesimo è contenuto, si muove comunque nel senso di favorire l'associazione tra imprese, con la conseguenza che non si può imputare alla stazione appaltante di aver violato la regola comunitaria che impone la massima partecipazione possibile ai pubblici appalti, come risulta dal fatto che alla procedura in questione ben quattro associazioni temporanee, oltre ad una impresa singola, sono state ammesse a partecipare, dimostrando quindi di possedere i necessari requisiti di idoneità tecnica (cfr. la già ricordata delibera 25 settembre 2006 recante aggiudicazione e approvazione dei verbali di gara).

Esaurito così l'esame delle dedotte censure, il ricorso deve in definitiva essere respinto.

Le spese possono comunque essere compensate tra le parti, in considerazione della indubbia delicatezza delle questioni poste.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo

respinge.

Compensa le spese fra le parti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente, Estensore

Claudio Rovis, Consigliere

Riccardo Savoia, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2011

IL SEGRETARIO

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