



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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2169 del 2011, proposto da:
Lancar S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Zoppolato e
Angela Canta, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano,
via Dante, 16

contro

Trenord S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido Salvadori Del Prato e Aldo
Travi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, V.
L. Manara,15

per l'annullamento

del bando di gara, pubblicato in GU/S 109 in data 8 giugno 2011,
avente ad oggetto l'affidamento dei "Servizi di pulizia del materiale
rotabile ferroviario, ambienti di lavoro, aree esterne ed attività di

piccola manutenzione" - sez. III, punto III.2.3.), ove per il requisito della capacità tecnica è stato richiesto a pena di esclusione di documentare per il Lotto 1 di avere eseguito nel biennio 2009/2010 almeno un contratto del valore di € 10.000.000,00 e, in alternativa, almeno due contratti del valore di € 5.000.000,00;
di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso al precedente
e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno derivante alla ricorrente dall'esecuzione del provvedimento impugnato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Trenord S.p.A.;

Visto il decreto del Presidente del TAR Lombardia, Milano, sez. I, 15 luglio 2010 n. 1171;

Vista l'ordinanza del TAR Lombardia, Milano, sez. I, 18 dicembre 2011;

Vista l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 14 settembre 2011 n. 3932;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2012 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente impugna il bando della gara indetta da Trenord per il servizio di pulizia del materiale rotabile ferroviario, gli ambienti di lavoro, le aree esterne e la piccola manutenzione per i seguenti motivi:

I) mancata applicazione dell'art. 46, comma 1 bis e 206 del D.Lgs. 163/06 e violazione degli artt. 42 e 206 del medesimo decreto legislativo in quanto il bando prescrive, quale requisito di capacità tecnica, richiesto a pena di esclusione, l'aver svolto un contratto c.d. "di punta" del valore annuo di 10 milioni di euro annui (o due del valore di 5 milioni annui). Tale requisito non sarebbe previsto da alcuna norma relativa agli appalti di servizi a differenza di quelli di lavori.

Al contrario l'art. 42 del Codice escluderebbe tale possibilità in quanto prevede che la capacità tecnica possa essere provata esclusivamente mediante la presentazione dell'elenco dei principali servizi, senza indicare alcun importo minimo.

A ciò si aggiungerebbe che l'art. 46, comma 1 bis del D.Lgs. 163/06 impedisce al bando di prevedere cause di esclusione diverse da quelle previste dalle norme di legge o di regolamento.

Tali disposizioni sarebbero applicabili anche ai settori speciali in virtù del richiamo contenuto nell'art. 206 del Codice degli appalti;

II) violazione dell'art. 42, comma 1 e 3 del D.Lgs. 163/06 e dei principi di par condicio e massima partecipazione, proporzionalità e

logicità in quanto la richiesta di un contratto di punta del valore di € 10 milioni o di due di valore pari a 5 milioni annui violerebbe le regole indicate ed in particolare il principio di proporzionalità, essendo superiore all'importo annuo a base d'asta. Da ciò deriverebbe un'indebita restrizione della concorrenza.

La difesa dell'ente banditore ha chiesto la reiezione del ricorso.

All'udienza del 4 aprile 2012 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. Il primo motivo di ricorso è infondato.

2.1 In primo luogo occorre chiarire che l'utilizzo dell'art. 42 del Codice nella presente controversia resta nella specie precluso in quanto la stazione appaltante non ha espressamente previsto nel bando l'applicazione di tale norma, come invece richiesto dall'art. 206, comma 3 per derogare al divieto di estensione delle norme della parte II, titolo I del Codice previsto dall'art. 206 comma 1.

Tale lettura è suggerita dall'espresso richiamo al principio di proporzionalità, che impone un uso quantitativamente limitato delle disposizioni relative ai settori ordinari oltre che dalla necessità della certezza dell'azione amministrativa, che fa carico all'amministrazione di indicare espressamente le norme suppletive che intende applicare alla gara.

Essa è confermata dal parere (6 febbraio 2006, n. 355) espresso dal Consiglio di Stato al Codice degli appalti nel quale, dopo aver richiamato il principio di tassatività dell'esclusione delle disposizioni

della parte II ai settori speciali, che si fonda sulla specialità di essi, espressamente riconosciuta dal Libro verde adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996 ed espressamente indicata nel primo considerando della direttiva n. 17, si afferma che “ove si ritenga, tuttavia, di mantenere la predetta deroga al principio, dichiarato nello stesso Codice, di non applicazione generalizzata delle disposizioni della parte II a seguito delle determinazioni discrezionali dell'amministrazione interessata, sarebbe doveroso, quanto meno, richiamare il rispetto del contrapposto principio di proporzionalità, in relazione alla natura, complessità e importanza dell'appalto, con conseguente onere di congrua motivazione della scelta compiuta nei singoli casi concreti”.

Ne consegue, secondo il Consiglio di Stato, che il richiamo ad altre norme dei settori ordinari, oltre quelle obbligatorie indicate al comma 1 dell'art. 206, non solo dev'essere espressa, ma anche motivata, con la conseguenza che in mancanza di tale adempimento deve escludersi l'applicazione di tali disposizioni, che avverrebbe solo in via interpretativa analogica.

2.2 Per quanto attiene poi all'impossibilità di esclusione dalla gara per cause non espressamente previste da norme di legge o di regolamento, occorre rilevare che la disposizione dell'art. 46, comma 1 bis del Codice, applicabile anche ai settori speciali in virtù del richiamo contenuto nell'art. 206, deve intendersi nel senso che non è permesso alla stazione appaltante di creare nuove ed autonome cause

di esclusione laddove i requisiti siano stabiliti dalla legge.

La norma, infatti, si pone come scopo quello di evitare che il potere dell'amministrazione di richiedere requisiti di partecipazione si sovrapponga a quello previsto dalla legge, creando ulteriori barriere all'entrata sul mercato degli operatori e aumentando gli oneri burocratici ed i problemi interpretativi creati dalla disciplina stabilita dalla stazione appaltante.

Questa lettura, che si ispira al principio di stretta legalità che regola le limitazioni alla concorrenza, comporta, *a contrariis*, che nessuna preclusione può essere imposta all'amministrazione nel creare cause di esclusione dalle gare, quando spetti all'amministrazione e non alla legge di determinare i requisiti di gara.

In definitiva quindi il primo motivo di ricorso va respinto.

3. Con il secondo motivo, la ricorrente sostiene che sarebbe proporzionata solo la richiesta di aver realizzato commesse di valore inferiore alla cifra annuale a base d'asta e, a tal fine, richiama anche l'art. 79, comma 5, lett. C del DPR 207/2010.

3.1 In primo luogo occorre respingere l'eccezione di inammissibilità dedotta dalla stazione appaltante in quanto la ricorrente, pur non avendo tra le proprie esperienze un servizio pari al valore dell'importo annuo a base d'asta, afferma che il requisito dovrebbe essere necessariamente inferiore.

3.2 Il motivo è, peraltro, infondato.

La giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2006, n. 2464) ha

chiarito che con il contratto di punta la stazione appaltante seleziona a priori la partecipazione di concorrenti con un certo grado di esperienza, comprovata dall'aver svolto singoli servizi di un rilievo economico certo complessivamente considerati.

Il valore e la durata di questo singolo contratto devono essere stabiliti con carattere di proporzionalità e di adeguatezza rispetto alla tipologia ed all'oggetto della prestazione per la quale è stata indetta la gara.

Deve tuttavia escludersi che dall'art. 79, comma 5 lett. C del DPR 207/2010 possa desumersi il principio secondo il quale il requisito di esperienza dev'essere inferiore al valore posto a base di gara in quanto la norma si limita a stabilire valori minimi e non massimi, secondo la regola per la quale tra gli elementi di valutazione può rientrare anche il pregresso svolgimento di servizi analoghi per un importo significativo.

Inoltre la norma non è applicabile al caso di specie non solo sotto il profilo temporale, ma anche perché riferita ai settori ordinari, sottratti a priori a questa disciplina dal legislatore, stante il carattere particolare delle prestazioni oggetto di gara.

Venendo ora al giudizio di proporzionalità la giurisprudenza (TAR Lazio -Roma, sez. III quater, sentenza 23.10.2009, n. 10361; T.A.R. Lazio - Roma, sez. II, 7 ottobre 2010, n. 32717; TAR Umbria, 27 settembre 2011, n. 310) ha chiarito che tale principio, di derivazione comunitaria, non consente all'Amministrazione pubblica di adottare

atti restrittivi della sfera giuridica dei privati in misura non proporzionata all'interesse pubblico richiedendo, in particolare: a) l'idoneità del mezzo prescelto rispetto al fine perseguito; b) la necessità dello stesso; c) la sua adeguatezza rispetto al sacrificio imposto al privato.

Nel merito la clausola in questione risponde all'esigenza di un servizio, la pulizia di rotabili durante l'attività dei mezzi e in molte stazioni, che richiede evidentemente una particolare capacità organizzativa, che la stazione appaltante ritiene, in modo non irragionevole, sia difficilmente acquisibile ex novo sul mercato e possa essere garantita solo da imprese che hanno già maturato un'esperienza di analoga complessità, testimoniata dal valore dei contratti in essere.

Questo valore non è neppure sovradimensionato in quanto rispetta il limite dell'oggetto dell'appalto, mentre la pretesa della ricorrente di fissare requisiti di esperienza inferiori anche al valore annuale del servizio finisce per svilire il contenuto della prestazione.

Deve quindi ritenersi che la limitazione del favor participationis e del principio di libera concorrenza, inevitabile nel prevedere requisiti di esperienza di un certo valore, trovi sufficiente bilanciamento nella necessità di consentire l'ammissione delle sole imprese la cui idoneità tecnica sia comprovata da lavori di entità tale da garantire la buona esecuzione dell'opera.

Deve, del resto, convenirsi con quanto persuasivamente argomentato

nella propria memoria dalla difesa della stazione appaltante nella parte in cui fa rilevare che, ove anche si potesse ammettere la partecipazione della ricorrente sulla base di una più contenuta capacità organizzativa, la scelta dell'aggiudicatario non potrebbe che convergere a favore dell'impresa che vanta una maggiore esperienza, come comprovata da pregressi contratti di più elevato rilievo.

In definitiva quindi il ricorso va respinto.

Sussistono comunque giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/05/2012

IL SEGRETARIO

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