

N. 02339/2012REG.PROV.COLL.
N. 02360/2007 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2360 del 2007, proposto da:

S.S.I.T. – Società Spoletina di Imprese Trasporti - Gestione S.p.A., con sede in Spoleto, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Rampini, con domicilio eletto presso l'avv. Paolo Giuseppe Fiorilli in Roma, via Cola di Rienzo 180;

contro

Comune di Velletri, rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Gattamelata, presso il quale è elettivamente domiciliato in Roma, via di Monte Fiore 22;

nei confronti di

A.J. Mobilità S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Sala e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

Cooperativa Sociale Integrata Alfa società cooperativa a r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II TER n. 12932/2006, resa tra le parti, concernente REALIZZAZIONE,

FORNITURA E GESTIONE SISTEMA INTEGRATO SOSTA E TRAFFICO DEL COMUNE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2012 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avv. Paolo Fiorilli, su delega dell'avv. Mario Rampini, l'avv. Gabriele Pafundi, su delega dell'avv. Stefano Gattamelata e l'avv. Luigi Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il Comune di Velletri bandiva una gara per la *“Realizzazione, fornitura e gestione di un sistema integrato per il monitoraggio, controllo e gestione del sistema sosta e traffico del Comune”*.

Il disciplinare di gara, cui faceva rinvio il bando, fissava determinati requisiti minimi per la partecipazione alla gara.

In particolare e, per quanto qui di interesse, prevedeva a pena di esclusione, la presentazione da parte delle singole imprese partecipanti di dichiarazione attestante la condizione di:

“d) Gestire la sosta, all'atto di presentazione dell'offerta, in almeno due siti di enti con un numero minimo di 1.200 posti auto a raso a pagamento cadauno con parametri e/o sistemi a barriera, attestati da dichiarazione dell'ente da allegare alla presente pena l'esclusione”.

Nel caso di raggruppamento di imprese, il suddetto requisito doveva *“essere posseduto almeno dall'impresa mandataria”*.

Il capitolato speciale di oneri relativo al bando, fissava all'art. 8 il punteggio da attribuire all'offerta tecnica, la ripartizione ponderale tra offerta tecnica ed economica e la partecipazione alla gara da parte di raggruppamenti.

2.- La S.S.I.T. – Società Spoletina di Imprese Trasporti - Gestione S.p.A. (d'ora innanzi SSIT), con ricorso al TAR del Lazio impugnava il bando di gara, il disciplinare di gara ed il capitolato speciale di oneri nelle parti sopra riportate, lamentando che gli esorbitanti requisiti minimi richiesti dalla *lex specialis*, irragionevoli e sproporzionati al valore dell'appalto, le impedivano la partecipazione alla stregua di clausole *ad excludendum*.

Assumeva che la ripartizione ponderale tra offerta tecnica ed economica e lo sbarramento di una certa valutazione dell'offerta economica per l'esame dell'offerta tecnica stravolgevano il criterio scelto dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3.- Il TAR Lazio, con sentenza n. 12932 del 21 novembre 2006, dichiarava l'inammissibilità del ricorso sull'assunto che *“la mancata partecipazione alla gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico rende inammissibile il ricorso proposto dall'impresa avverso l'espletamento della gara stessa, in quanto tale impresa non ha interesse ad impugnare l'atto conclusivo del procedimento amministrativo di aggiudicazione, non essendo titolare di posizioni differenziate rispetto all'interesse genericamente sussistente nell'infinito numero di soggetti che possono astrattamente aspirare all'aggiudicazione stessa”*.

Rilevava di conseguenza la carenza di interesse di essa ricorrente rispetto alle modalità fissate dal bando per la valutazione dell'offerta.

4.- Con l'atto di appello in esame, SSIT ha impugnato la suddetta sentenza di cui chiede l'annullamento o la riforma perché erronea.

Secondo l'appellante, la titolarità dell'interesse differenziato all'impugnazione non è desumibile esclusivamente dalla partecipazione alla gara, ma da altri fatti alternativi, pure significativi della volontà di prendere parte alla gara.

Non potrebbe, pertanto, non valutarsi che essa appellante è impresa che opera nel settore dei parcheggi ed ha “preso visione” degli elaborati progettuali (la “presa visione”, richiesta dal bando a pena di esclusione, con

certificazione del Comune, costituirebbe condizione per la partecipazione alla gara).

Assume che la decisione del TAR si pone in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale che non ritiene necessaria la partecipazione alla gara là dove il gravame riguardi clausole del bando ritenute ex sé immediatamente lesive.

Nel merito ripropone le censure dedotte con il ricorso introduttivo proposto al TAR, incentrate sulla irragionevolezza, sproporzione ed incongruità dei requisiti richiesti dalla *lex* di gara rispetto allo specifico oggetto dell'appalto, nonché sull'ingiustificata e abnorme decisione di ridurre, attraverso la richiesta dei suddetti requisiti, il numero dei partecipanti alla gara e quelle dedotte con i motivi aggiunti aventi ad oggetto l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto *medio tempore* intervenuta.

5.- Resistono all'appello il Comune di Velletri e la controinteressata A.J. Mobilità s.r.l., aggiudicataria della gara.

Il Comune di Velletri con articolata memoria contesta le censure della società appellante e in rito ne evidenzia la carenza di interesse per le preclusioni fissate dall'art. 13 del d. l. n. 223 del 2006 (decreto Bersani), essendo la ricorrente società mista con partecipazione pubblica della Provincia di Perugia e del Comune di Spoleto e l'inammissibilità per la mancata partecipazione alla gara.

La controinteressata insiste sulla correttezza della sentenza del TAR, ravvisando nell'ipotesi della mancata partecipazione alla gara, alla stregua della giurisprudenza maggioritaria, l'inammissibilità del ricorso proposto contro il bando di gara.

6.- Le parti hanno depositato memorie difensive e alla pubblica udienza del 24 febbraio 2010, il giudizio è stato assunto in decisione.

7.- Secondo il TAR è inammissibile il ricorso proposto avverso il bando di

gara, ove l'impresa ricorrente non abbia partecipato alla gara, poiché in tal caso mancherebbe una posizione giuridica differenziata che legittimi al ricorso.

La questione sulla necessità della presentazione della domanda di partecipazione alla gara da parte dell'impresa che lamenti l'illegittimità di clausole del bando di gara, è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza, con decisioni non sempre univoche.

E' comunque indubbio che ove le clausole del bando siano ex sé immediatamente lesive e tali da precludere la partecipazione alla gara, la presentazione della domanda di partecipazione finisce con l'essere un adempimento inutile meramente formale cui seguirebbe l'estromissione dalla gara con appesantimento della tutela dell'interessato obbligato ad aspettare l'esclusione dalla gara, onde impugnare anche tale provvedimento (Cons. Stato, sez. II, parere n. 149 del 7 marzo 2011; sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2804; sez. V, 11 novembre 2004, n. 7341).

D'altra parte, non appare conforme alla piena esplicazione del diritto alla difesa e del diritto di libertà di iniziativa economica privata, nonché del principio di libera concorrenza, subordinare la legittimazione di un soggetto sostanzialmente leso in via immediata da una clausola del bando che gli preclude la partecipazione alla gara, al mero formalismo della presentazione di una domanda che ne comporterebbe la sua esclusione.

Considerato, quindi, anche sulla scorta dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia della C.E. (C- 230/02/2004) che non possa ritenersi a priori inammissibile il ricorso contro il bando di gara allorché l'impugnazione del bando sia proposta da impresa che non abbia partecipato alla gara, deve esaminarsi l'altra questione strettamente correlata, se le clausole del bando gravate siano in effetti discriminatorie e, quindi, recanti irragionevole e ingiusta preclusione a partecipare alla gara.

8.- L'appellante, asserisce che le clausole del bando impugunate, richiedendo

requisiti sproporzionati al valore dell'appalto, precludono la partecipazione alla gara a chi operando nel settore ha legittime aspettative di concorrere per affidamenti di incarichi nello specifico settore.

L'assunto dell'appellante non è condivisibile.

8.1- Il Comune di Velletri con il bando di gara di cui si discute ha inteso affidare all'esterno tutte le attività necessarie per la predisposizione, installazione, gestione e manutenzione dei parcheggi pubblici a pagamento della città, onde razionalizzare la sosta, con riferimento sia agli spazi già esistenti ed all'uso adibiti, sia ai parcheggi a raso di nuova realizzazione, programmati a ridosso del centro cittadino ed in corrispondenza dei diversi punti di accesso alla città per decongestionarla.

La volontà dell'amministrazione, quale si desume dagli atti preordinati all'indizione della gara, era quella di dotare la città di un sistema di parcheggi corredato da un importante impianto tecnologico che consentisse di avere un controllo costante di tutte le aree di sosta, tanto ai fini della sicurezza, quanto ai fini della indicazione istantanea su tabelloni luminosi dei posti parcheggio disponibili.

Il sistema integrato previsto era poi completato dalla realizzazione e dalla gestione di impianti e accessori al sistema, quali le barriere di accesso ai parcheggi, le colonnine per il pagamento dei ticket, il personale per il controllo dei tagliandi, la manutenzione delle aree e delle attrezzature.

Il tutto per un servizio di gestione dei parcheggi a raso che enumera le aree a parcheggio da gestire, per un valore a base d'asta di euro 3.750.000,00 e per un numero di parcheggi che ammonta a 1.675 posti (che seppure potrebbe ridursi a seguito del completamento di un parcheggio multipiano) non scenderebbe al di sotto di 1.202 posti.

La necessità di un sistema di parcheggi ampio da gestire da subito è la ragione che ha indotto l'amministrazione a richiedere ai concorrenti un dimensionamento adeguato ed un'esperienza correlata all'ampiezza del

sistema.

A fronte di un contratto decennale, l'aggiudicataria avrebbe poi assicurato al Comune, oltre alle attività e opere oggetto dell'appalto di servizi – un minimo garantito pari ad euro 100.000,00 annui ed un'occupazione di 20 unità di personale.

Un servizio dunque complesso ed articolato che avrebbe impegnato l'amministrazione per un periodo di tempo significativo.

In questo contesto si giustifica il fatto che il Comune abbia voluto prevedere nella *lex* di gara alcuni requisiti preordinati a garantire la capacità sufficiente delle imprese interessate a divenire aggiudicatarie del servizio integrato ed a garantirne l'esecuzione efficiente, evitando che vi prendessero parte soggetti inidonei in quanto non dimensionati per un servizio di tal fatta.

Il Comune ha, dunque, inteso stimolare un confronto tra soggetti di primaria importanza e qualificazione professionale, scoraggiando la partecipazione di ditte che potessero livellare verso il basso la qualità della selezione e, soprattutto, che non fossero in grado per l'attività svolta e da svolgere di far fronte ad un impegno di tal fatta, soprattutto, ove si consideri la improvvisazione che spesso caratterizza tale attività.

In tale contesto le previsioni del bando, comprese quelle oggetto di specifica contestazione, non risultano sproporzionate ed irragionevoli.

9.- Nell'ottica illustrata, non appare affetta da vizi di irragionevolezza o illogicità nemmeno la maggiore rilevanza che l'amministrazione ha previsto per gli aspetti tecnici dell'offerta piuttosto che per quelli economici.

Il ritorno economico dell'iniziativa, seppure ben considerato dall'amministrazione, tanto da imporre un minimo garantito significativo, non era per la stessa preponderante, essendo maggiore l'interesse alla efficienza e qualità del servizio, come chiarito nel capitolato, all'art. 8, dedicato ai criteri di valutazione che premiano *gli aspetti delle referenze*,

integrazione di sistemi, garanzie di pronto intervento e qualità dei servizi accessori.

In questa prospettiva si comprende anche la ripartizione dei punteggi voluta dall'amministrazione, che determina di assegnare 80 punti in sede di valutazione dell'offerta tecnica così distinti: a) caratteristiche dei parcometri centralizzati (0 – 26 punti); mezzi e risorse strumentali anche innovativi che la ditta intende utilizzare (0 – 30 punti); numeri di centrali di controllo (0 – 24 punti) e solo 20 punti all'offerta economica, condizionata alla positiva valutazione dell'offerta tecnica.

D'altra parte, non sussiste alcun tipo di preclusione in capo all'amministrazione, in ordine alla valutazione dei fattori inerenti l'attendibilità dell'offerente e la qualità del servizio oggetto dell'offerta.

Trattasi, invero, di elementi rimessi all'ampio potere discrezionale dell'amministrazione, sicché ne è preclusa la sindacabilità ove corrispondano e siano coerenti a precise scelte dell'amministrazione, non esistendo alcun vincolo normativo che limiti la ponderazione da attribuire ai fattori nel sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, purché non ne venga azzerato il peso ponderale.

9.- Ciò posto, poiché l'amministrazione ha specificato nel bando di gara i singoli elementi di valutazione sì da rendere possibile un'offerta del servizio conforme ai criteri che l'amministrazione riteneva maggiormente apprezzabili, deve riconoscersi che il bando e il comportamento dell'amministrazione non sono censurabili, perché risultano correttamente individuati gli elementi qualificanti del progetto ed i punteggi da assegnare per ciascuno dei tre aspetti principali componenti l'offerta tecnica ed i punteggi per l'offerta economica, nonché l'ambito entro cui si sarebbe esplicitata la discrezionalità dell'amministrazione.

Ne consegue che la *lex* di gara è tutt'altro che generica e tanto meno può ritenersi che abbia impedito la valutazione di convenienza dell'offerta da parte dei potenziali partecipanti.

10.- Da quanto esposto consegue che non è illogica o incongrua la previsione dell'art. 8, lettere a) e d) del disciplinare di gara, che impone alle ditte partecipanti di attestare la gestione della sosta in almeno due siti con un numero minimo di 1.200 posti auto a raso a pagamento ciascuno con parcometri, perché come detto trova ragione nella necessità e volontà del comune di affidare il servizio a soggetto con esperienza adeguata.

Un siffatto interesse è senz'altro meritevole di tutela e non appare assolutamente volto a pregiudicare il valore intrinseco della massima partecipazione, ma ad assicurare la realizzazione dell'interesse pubblico.

Il Comune, peraltro, è pervenuto alla individuazione di tali criteri dopo lunga istruttoria avviata nel 1998 con la elaborazione dei quattro piani urbani della viabilità del traffico, del trasporto pubblico e dei carburanti, cui si è aggiunto nel 2000 il piano urbano dei parcheggi, durante la quale sono emerse tutte le problematiche che la gestione delle aree di sosta presenta e che afferiscono alla difficoltà di coordinamento di aree dislocate su tutto il territorio comunale, da connettersi con sistemi elettronici che permettano il monitoraggio continuo ai fini di sicurezza e fornire agli utenti in tempo reale la disponibilità dei posteggi.

Non può in conseguenza ritenersi che i requisiti richiesti dal bando siano illogici o irragionevoli o discriminatori nei confronti di chi che sia, apparendo al contrario adeguati sia dal punto di vista qualitativo che da quello quantitativo.

Prova ne è la effettiva partecipazione alla gara di soggetti in possesso dei requisiti richiesti.

Non si tratta, in conclusione, di clausole *ad excludendum*, per le quali sarebbe, in limine, ammissibile il ricorso avverso il bando, pur senza la partecipazione alla gara.

Per le ragioni esposte l'appello deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti in causa

delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2012

IL SEGRETARIO

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