

N. 03081/2013REG.PROV.COLL.
N. 00305/2011 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 305 del 2011, proposto da Strada dei Parchi s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Fantini, ed elettivamente domiciliata, unitamente al difensore, presso Tonucci & Partners Studio Legale in Roma, via Principessa Clotilde n. 7, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

contro

Luigi Galantucci, nella qualità di titolare della ditta Gielle, rappresentato e difeso dall'avv. Fulvio Mastroviti, ed elettivamente domiciliato, unitamente al difensore, presso l'avv. Andrea Botti in Roma, via Monte Santo n. 25, come da mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta;

nei confronti di

Ifex s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione prima, n. 808 del 23 novembre 2010.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Luigi Galantucci;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2013 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti l'avvocato Giuseppe Tempesta, in preliminari e su delega dell'avv. Fulvio Mastroviti, e poi lo stesso avv. Fulvio Mastroviti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 305 del 2011, Strada dei Parchi s.p.a. propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione prima, n. 808 del 23 novembre 2010, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da Luigi Galantucci, nella qualità di titolare della ditta Gielle, per l'annullamento della esclusione dalla procedura aperta indetta da Strada dei Parchi Spa mediante bando pubblicato sulla GUCE dell'8 marzo 2008, per l'affidamento del "servizio antincendio e di primo

soccorso alla galleria del Gran Sasso d'Italia ed eventuali altre gallerie", con durata prevista di 24 mesi dall'aggiudicazione dell'appalto.

La vicenda trae inizio dal ricorso straordinario al Presidente della repubblica, proposto in data 2.7.2008. dalla ditta Gielle, con cui si impugnava la propria esclusione dalla procedura aperta indetta da Strada dei Parchi Spa mediante bando pubblicato sulla GUCE dell'8 marzo 2008, per l'affidamento del "servizio di cui sopra antincendio e di primo soccorso alla galleria del Gran Sasso d'Italia ed eventuali altre gallerie", con durata prevista di 24 mesi dall'aggiudicazione dell'appalto, fatta salva l'opzione di rinnovo per ulteriori 24 mesi (l'impugnativa veniva estesa anche nei confronti dell'aggiudicazione provvisoria a favore della soc. Ifex Italia, unica società ammessa alla gara).

Si lamentava in particolare l'apposizione, nella lex specialis, di clausole equivoche, gravatorie e sproporzionate rispetto all'oggetto dell'appalto, con specifico riguardo ai richiesti requisiti di capacità tecnica.

Con atto di opposizione notificato in data 22.7 2008, Strada dei parchi spa chiedeva, ai sensi dell'art. 10 DPR 24.11.1971 n. 1199, la trattazione del ricorso nella sede giurisdizionale. Pari richiesta veniva avanzata dalla soc. Ifex Italia in data 24.7.08.

A seguito di quanto sopra, la ditta Gielle introduceva il giudizio innanzi al T.A.R. con atto depositato in data 12.9.08, notificandone

avviso alle controparti in data 27.9.08, e poi, con motivi aggiunti del 27.9.08, impugnava altresì la sopravvenuta aggiudicazione definitiva del 30.7.2008, mentre il contratto fra le parti veniva stipulato in data 5 settembre 2008.

Costituitesi Strada dei Parchi s.p.a. e Ifex s.r.l., il ricorso veniva deciso con la sentenza appellata. In essa, il T.A.R. riteneva fondate le censure proposte, sottolineando l'illegittimità dell'operato della pubblica amministrazione, in relazione a.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'errata ricostruzione in fatto e in diritto operata dal giudice di prime cure, in relazione alla pretesa'irragionevolezza delle previsioni di bando.

Alla pubblica udienza del 16 aprile 2013, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è fondato e merita accoglimento entro i termini di seguito precisati.
2. - Le eccezioni preliminari, reiterate in appello dall'appellante, sono infondate, come correttamente ritenuto dal primo giudice, e possono essere respinte con un'analisi succinta, dopo aver necessariamente premesso, visto che si tratta di questione del tutto tralasciata negli atti, ma rilevante ai fini dell'esecuzione della sentenza, che il soggetto appellato va identificato nella persona fisica di Luigi Galantucci, il quale si costituisce in quanto titolare di una ditta, ossia di un mero

nome commerciale, mentre non vi è riscontro, sebbene agli atti se ne parli spesso, di alcuna società denominata Gielle (e si veda come nel costituirsi l'appellato utilizzi il proprio codice fiscale e non la partita iva della inesistente società).

2.1. - Venendo alle eccezioni processuali, vanno esaminate quelle relative alla tardività derivante dalla ritardata trasposizione del ricorso dalla sede del contenzioso straordinario davanti al Presidente della Repubblica alla sede giurisdizionale.

Nel dettaglio, viene evidenziata la necessaria applicazione del termine dimidiato di trenta giorni per il deposito, successivamente alla notifica, del ricorso come trasposto davanti al T.A.R..

La censura è inconferente.

Infatti, e in disparte l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sull'applicazione di tale disciplina abbreviata, quand'anche si volesse ritenere ridotto a trenta giorni il termine per il deposito, tale termine risulterebbe comunque rispettato, nella doverosa considerazione della sospensione feriale.

Né, al fine di ritenere inapplicabile la citata sospensione, può valere il fatto che, contestualmente, la parte abbia proposto una istanza cautelare. Infatti, l'istanza cautelare è un incidente processuale, che interviene all'interno di un rapporto processuale costituito e non modifica le fasi processuali di inizio del processo. La norma che impone la trattazione delle domande cautelari anche durante il periodo di sospensione feriale dell'attività giudiziaria è, infatti, norma

di favore per la parte ricorrente che lamenta un pregiudizio, si applica in via endoprocessuale, poiché presuppone un rapporto già costituito, e non incide sull'instaurazione del contraddittorio, essendo una evenienza processuale solamente possibile.

2.2. - Del tutto infondate, se non speciose, sono poi le questioni attinenti alla pretestuosità del ricorso straordinario, atteso che si tratta di un rimedio giuridico che, in disparte la sua fondatezza, è stato attivato dalla parte in aderenza al proprio diritto di difesa, costituzionalmente riconosciuto.

3. - Nel merito il ricorso è fondato, dovendosi riformare la statuizione del giudice di prime cure con la quale si è ritenuta illogica e contraddittoria la previsione contenuta nel punto 3.1.2. del disciplinare di gara.

Ha affermato il T.A.R. che la detta disciplina di gara, dove richiede che la capacità tecnica per lo svolgimento del servizio di vigilanza e pronto soccorso stradale nella galleria del Gran Sasso d'Italia debba essere dimostrata mediante dichiarazione concernente lo svolgimento nel triennio di servizi analoghi a quello oggetto dell'appalto complessivamente non inferiore al 200% dell'importo a base d'asta, contenga una prescrizione specificativa volta a restringere lo spettro dei servizi analoghi sino al punto da negare il concetto stesso di analogia, attribuendo rilevanza ai fini della dimostrazione della capacità tecnica, non già un ventaglio di attività, bensì ad un'unica e ben determinata tipologia di prestazione, vale a

dire il servizio antincendio su strade ed autostrade con gallerie di almeno 3 Km.

Per altro verso, ha ritenuto parimenti illogica la prescrizione del disciplinare che, dopo aver chiesto sproporzionati requisiti di capacità tecnica in senso oggettivo, ha ulteriormente aggravato questi ultimi anche sotto il profilo soggettivo, subordinando la loro rilevanza al fatto che la stazione appaltante destinataria dei servizi fosse una società concessionaria, con irrazionale esclusione dal computo della capacità tecnica degli stessi servizi prestati nei confronti degli enti pubblici proprietari (in primis province).

3.1. - Le osservazioni del primo giudice vanno interamente riviste.

Osserva la Sezione come il sistema di qualificazione nella contrattualistica pubblica, orientato verso metodi di azzeramento della discrezionalità amministrativa per quanto attiene i contratti di lavori, si connota di profili di più ampia responsabilità della stazione appaltante nei contratti che riguardano servizi e forniture.

Infatti, in tema d'individuazione dei criteri di selezione dell'offerente, è in questo contesto regola generale quella per cui alle amministrazioni aggiudicatrici è riconosciuta una ampia discrezionalità, limitata unicamente dalla necessità che la richiesta di requisiti ulteriori, in senso più rigoroso e restrittivo, sia subordinata alla natura e all'importo della fornitura o del servizio oggetto del contratto. La giurisprudenza in materia esprime la ricerca di un criterio di proporzione fra il requisito ulteriore eventualmente

richiesto e la tipologia e consistenza quantitativa dell'oggetto dell'affidamento, dando così spazio ad un sindacato di congruità e ragionevolezza che si ponga a garanzia di un accesso adeguatamente ampio alla procedura concorsuale (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 5 ottobre 2005 n. 5318). La valutazione della congruità del meccanismo di selezione è quindi parametrata alla tipologia di servizio offerto, spettando all'amministrazione prima e al giudice poi la considerazione dell'equo bilanciamento degli interessi contrapposti.

Nel caso in esame, non pare dubbio che l'estrema delicatezza del servizio richiesto, in rapporto non solo alla tipologia (attività antincendio), ma soprattutto al contesto (area a traffico autostradale) e alla zona di intervento (galleria autostradale della lunghezza superiore a km 10), imponga una cautela di grado massimo, stante la rilevanza degli interessi pubblici coinvolti (incolumità delle persone, siano essi utenti del servizio autostradale come anche gli addetti al soccorso stesso; fluidità della circolazione stradale; ecc.). Questo avrebbe potuto spingere l'amministrazione a individuare requisiti ancora più restrittivi (ad esempio, richiedendo una esperienza simile per lo svolgimento di interventi in gallerie autostradali di lunghezza più vicina a quella del Gran Sasso e quindi l'acquisita esperienza in condizioni operative molto più simili), evenienza che invece non si è verificata, come si evince dagli atti.

Non è dato quindi capire come la richiesta di una particolare

qualificazione (svolgimento del servizio antincendio su strade ed autostrade con gallerie di almeno 3 Km) possa aver conformato illegittimamente la gara o, meglio, non è dato capire quali servizi analoghi potessero essere richiesti, atteso che il particolarissimo scenario di intervento (all'interno di una galleria autostradale tra le più lunghe in Europa) esclude che possano essere considerate equiparabili al servizio oggetto del contratto attività non assistite dallo stesso grado di preparazione tecnica e di adeguatezza a scenari con le medesime singolarità.

Del pari, è del tutto ragionevole che la previa esperienza sia stata maturata in ambiti operativi simili, come appunto quelli d'intervento autostradale, atteso che in questi contesti la prioritaria necessità di mantenere la fluidità della circolazione impone l'utilizzo di adeguate azioni di regolazione del traffico. Pertanto, nemmeno la richiesta che la stazione appaltante destinataria dei servizi in precedenza svolti fosse una società concessionaria appare una limitazione arbitraria, ben inquadrandosi nel rispetto degli interessi pubblici predominanti sopra indicati.

Incidentalmente, va anche notato come la parte appellante evidenzi, sebbene si tratti di una valutazione ultronea, come la disciplina di gara permettesse comunque una partecipazione concorrenziale, in quanto i requisiti richiesti erano comunque posseduti da più soggetti (e indicandoli esplicitamente). Ritiene peraltro la Sezione che questo profilo, seppure la censura di Strada dei Parchi s.p.a. sia corretta, sia

del tutto recessivo, atteso che il criterio di valutazione è la congruità e la proporzionalità dei requisiti richiesti, e non l'effetto concreto che questi determinano. La restrizione del mercato non è un effetto a priori illegittimo, ma lo diviene solo quando avviene in maniera abusiva, per cui è del tutto ammissibile, nell'ordinamento nazionale come in quello comunitario, che le esigenze concrete dell'amministrazione, congrue e proporzionali, possano legittimamente condurre a un tale risultato.

4. - Sulla scorta delle valutazioni appena svolte, il ricorso in primo grado deve essere respinto in quanto infondato e non è necessario esaminare le ulteriori questioni proposte dalla parte appellante, che ben possono essere assorbite, non essendovi spazio giuridico per un risultato processuale migliore.

Inoltre, stante la legittimità del provvedimento impugnato, vengono meno i presupposti per l'accoglimento di qualsiasi pretesa risarcitoria, come azionata dalla parte appellata.

5. - Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

6. - L'appello va quindi accolto. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così

provvede:

1. aAccoglie l'appello n. 305 del 2011 e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione prima, n. 808 del 23 novembre 2010, respinge il ricorso di primo grado;

2. cCondanna Luigi Galantucci, nella qualità di titolare della ditta Gielle, a rifondere a Strada dei Parchi s.p.a. le spese del doppio grado di giudizio, che liquida in €. 5.000,00 (euro cinquemila, comprensivi di spese, diritti di procuratore e onorari di avvocato), oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2013, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta

- con la partecipazione dei signori:

Paolo Numerico, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/06/2013

IL SEGRETARIO

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