

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9879/2007, proposto dalla MARKAS SERVICE S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Liroso e Giovanni Quadri, con domicilio eletto in Roma, via delle Quattro Fontane, 20 presso l'avv. Antonio Liroso;

contro

la LOGICA SERVIZI S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Michele Romano, con domicilio eletto in Roma, via Pierluigi da Palestrina, 19 presso l'avv. Domenico Tomassetti;

e nei confronti

dell'Azienda Sanitaria USL n. 5 di Montalbano Jonico, non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR Basilicata – Potenza: Sezione I n. 655/2007, resa tra le parti, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla Logica Servizi s.r.l.;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Logica Servizi S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza dell'11 Novembre 2008, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati G. Quadri e M. Romano;

Visto il dispositivo di decisione n. 657//2008;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.Con la sentenza gravata, il TAR Basilicata, sez. 1°, ha accolto il ricorso proposto dalla società Logica Servizi Selva 2006 avverso il bando di gara dell'appalto, per pubblico incanto, per la gestione dei servizi di pulizia e sanificazione presso le strutture sanitarie dell'Azienda Sanitaria U.S.L. n. 5 di Montalbano Jonico, pubblicato in data 28.06.2006, e del relativo disciplinare di gara, nella parte in cui al capitolo c), offerta economica, indica le condizioni, la documentazione occorrente e le modalità per la partecipazione alla gara ed in particolare la prescrizione di cui al punto 1m) "Dichiarazione di possesso al 31.12.2005 di un patrimonio

netto di almeno Euro 2.000.000,00....- in caso di raggruppamento temporaneo, i requisiti di cui al punto 1k), 1l), 1m) devono essere posseduti per almeno il 60% dall'impresa mandataria e/o consorziata (eseguite il servizio) e per almeno il 40% dalle imprese mandanti e/o consorziate (eseguenti il servizio)..."

In particolare il Giudice di 1° grado ha respinto le eccezioni di tardività, inammissibilità ed improcedibilità del ricorso e poi lo ha accolto nel merito, ritenendo irragionevole la disciplina di gara nella parte in cui ha richiesto, quale requisito di partecipazione, il possesso al 31.12.2005 di un patrimonio netto pari ad almeno 2 milioni di euro e conseguente illegittimità della clausola secondo cui tale patrimonio in caso di ATI deve essere posseduto almeno per il 60% dall'impresa mandataria e/o consorziata (eseguite il servizio) e per almeno il 40% dalle imprese mandanti e/o consorziate (eseguenti il servizio).

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello la società Markas Service (aggiudicataria della gara), la quale ha insistito sull'inammissibilità (per mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara) e sull'improcedibilità del ricorso per omessa impugnativa dell'aggiudicazione definitiva. Ha quindi dedotto l'erroneità della sentenza del TAR, atteso che la relativa normativa consente di richiedere ai partecipanti alla gara requisiti di capacità economica e finanziaria ulteriori rispetto a quelli minimi previsti in considerazione della peculiarità dell'appalto e che nella specie la previsione di un patrimonio netto al 31.12.2005 di almeno 2 milioni di euro non era irragionevole o sproporzionata, considerando che la base d'asta dell'appalto di durata quinquennale era di euro 6.250.000,00, con l'esigenza di assicurare una maggiore garanzia di affidabilità economica e finanziaria dell'impresa; che comunque il TAR si era pronunciato su un apprezzamento di merito riservato all'Amministrazione.

3. Costituitasi il giudizio, la ricorrente originaria ha fatto presente che il TAR con l'ordinanza n.345/2006 aveva respinto la sua istanza cautelare ma poi il giudice di appello con ordinanza 257/2007 l'aveva accolta ritenendo abnorme e vessatorio il prescritto requisito sul patrimonio. Ha quindi concluso per il rigetto dell'appello, osservando che per la valutazione della sproporzione si doveva far riferimento alla base d'asta annuale essendo il patrimonio netto richiesto relativo all'anno 2005; che tale sproporzione era confermata dalla circostanza che all'appalto avevano partecipato, come attestato nella nota del 2.10.2006, solo sei aziende di settore tutte costituite da consorzi e raggruppamenti.

4. Con ordinanza n. 41/2008, la Sezione ha accolto l'istanza cautelare proposta dall'appellante, considerando che "i requisiti richiesti non appaiono sproporzionati rispetto all'oggetto dell'appalto".

Con successiva ordinanza n.1753/2008, la Sezione ha ordinato l'esecuzione di quest'ultima ordinanza con nomina di un commissario ad acta, che poi è stato individuato dal Prefetto di Matera nella persona della dott.ssa Ermelinda Camerino.

Il commissario ad acta ha provveduto al relativo incarico con l'adozione del provvedimento in data 19.5.2008. Per cui con nota depositata il 16.6.2008 il Prefetto di Matera ha richiesto la liquidazione del relativo compenso a favore del commissario ad acta.

5. Con memoria conclusiva entrambe le parti hanno insistito sulle rispettive conclusioni.

All'udienza dell'11 novembre 2008, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. Può prescindersi dalle eccezioni di inammissibilità ed improcedibilità del ricorso originario sollevate dall'appellante, in quanto il gravame è fondato nel merito.

6.1. In adesione a quanto dedotto dall'appellante, non può condividersi nella specie la conclusione cui è pervenuto il TAR in ordine all'irragionevolezza della disciplina di gara nella

parte in cui ha richiesto, quale requisito di partecipazione, il possesso al 31.12.2005 di un patrimonio netto pari ad almeno 2 milioni di euro.

6.2. Al riguardo il Collegio non ha motivi per discostarsi dall'orientamento consolidato di questo Consiglio secondo cui deve ammettersi una certa discrezionalità della stazione appaltante nel fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, in modo più rigoroso ed anche in numero superiore rispetto a quelli minimi previsti dalla legge (cfr. le decisioni di questo Consiglio, Sez. V, 17 maggio 2005 n. 2465 e 5 settembre 2008 n. 4283; Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5823; Sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442). Perciò, l'Amministrazione è legittimata ad introdurre, nella lex specialis della gara d'appalto che intende indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza (V. la decisione di questo Consiglio, sez. VI, 23 luglio 2008 n. 3665).

Inoltre, la relativa scelta può essere sindacata dal giudice amministrativo in sede di legittimità solo in quanto sia manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica o contraddittoria (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6967).

6.3. Nel caso in esame appare insussistente l'arbitrarietà del requisito patrimoniale prescritto di euro 2.000.000,00 non solo in quanto esso costituisce meno di un terzo del valore dell'appalto a base d'asta di euro 6.250.000,00 (euro 1.250.000,00 annuo x 5 anni), valore indicato nel bando di gara, ma anche in considerazione della non evidente irragionevolezza dell'esigenza sentita dall'Azienda sanitaria di assicurarsi una maggiore garanzia di solvibilità dell'impresa.

Né può ritenersi che la richiesta di un tale requisito patrimoniale possa essere di per sé idonea a limitare la partecipazione alla gara di un numero esiguo di ditte per poterne orientare in qualche modo l'esito, atteso che in disparte la facoltà delle imprese di riunirsi in ATI è ormai riconosciuto a ciascun concorrente di avvalersi dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo di altro soggetto, sia dalla normativa comunitaria (artt. 47 e 48 Direttiva n.118/2004/CE ed art 54 Direttiva n.17/2004/CE), che dalla normativa interna (V. art. 49 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni).

Di fatto poi alla gara in questione hanno partecipato nove concorrenti (come certificato dall'Azienda in data 2 giugno 2006), che non può considerarsi un numero eccessivamente esiguo.

Inoltre, la non manifesta arbitrarietà del requisito in esame appare confermata anche dall'esito ondivago che hanno avuto le domande cautelari esaminate nel corso del giudizio di primo grado (il TAR ha respinto, mentre questa Sezione ha accolto) e di secondo grado (la Sezione ha accolto la sospensione dell'esecuzione della sentenza di accoglimento del ricorso).

7. Inammissibile è poi la censura del ricorso originario nella parte in cui si contesta la disciplina del medesimo requisito patrimoniale per quanto concerne le ATI, dal momento che la ricorrente ha presentato l'impugnativa da impresa singola.

8. Occorre infine procedere alla liquidazione del compenso a favore del Commissario ad acta nominato dal Prefetto di Matera, come in precedenza esposto.

Tale compenso, tenuto conto che il relativo incarico si è esaurito con l'adozione del provvedimento in data 19 maggio 2008 di sollecitazione dell'attività di competenza dell'Azienda sanitaria, può essere determinato in euro 300,00, somma che va posta a carico dell'Azienda sanitaria che con il suo comportamento omissivo ha cagionato l'intervento sostitutivo.

9. Per quanto considerato, l'appello deve essere accolto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio, salvo quanto previsto per il compenso del Commissario ad acta..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza del T.A.R., respinge il ricorso originario.

Spese compensate salvo il compenso in favore del commissario ad acta che viene liquidato in euro 300,00 (trecento/00), con addebito all'Azienda Sanitaria.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio dell'11 novembre 2008 con l'intervento dei Signori:

Pres. Domenico La Medica

Cons. Filoreto D'Agostino

Cons. Aniello Cerreto Est.

Cons. Vito Poli

Cons. Francesco Caringella

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Aniello Cerreto F.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

F.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....02/02/09.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi