

## **Il principio di proporzionalità quale canone di concorrenza nelle procedure a evidenza pubblica.**

*di Massimo Nunziata*

*Data di pubblicazione: 11-2-2014*

**Tar Lazio, Roma, Sez. I ter, 14 gennaio 2014, n. 466**

*Presidente Sandulli; Estensore Santoleri*

*La disciplina di gara può quindi richiedere ai concorrenti requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza con riguardo alle specifiche esigenze imposte dall'oggetto dell'appalto e comunque non introducano indebite discriminazioni nell'accesso alla procedura.*

*La discrezionalità di cui gode la stazione appaltante in ordine all'introduzione dei requisiti e alle modalità di partecipazione alla gara può essere sindacata in sede di legittimità solo ove sia manifestamente irragionevole, arbitraria, irrazionale, sproporzionata, illogica e contraddittoria con la precisazione che il giudice – anche mediante il ricorso al sindacato estrinseco - può comunque valutare se la richiesta di un certo requisito sia correlata al concreto interesse perseguito dall'Amministrazione nella selezione del miglior contraente,*

*L'interesse pubblico alla tutela della concorrenza va perseguito in stretta adesione con il principio europeo di proporzionalità, che richiede non soltanto la dimostrazione dell'idoneità della misura a raggiungere lo scopo perseguito, ma anche la dimostrazione della sua adeguatezza, nel duplice senso della corrispondenza alla situazione presa in considerazione e della non eccedenza rispetto ad essa, in modo che la stessa risulti corrispondente a quanto è strettamente necessario per raggiungere lo scopo.*

*Sono da considerarsi legittime le clausole del bando di gara (avente ad oggetto l'affidamento dei servizi di manutenzione meccanica per autobus) che:*

*a) prevedano l'elemento della territorialità, peraltro non quale requisito di partecipazione alla gara, ma solo come elemento rilevante in sede di attribuzione del punteggio nell'ambito*

*dell'offerta tecnica; l'attribuzione di un maggior punteggio in considerazione della vicinanza dell'officina non può considerarsi discriminatorio, irragionevole e sproporzionato rispetto all'interesse della stazione appaltante, potendo ritenersi giustificato altresì in considerazione delle specifiche peculiarità dell'appalto in questione;*

*b) nell'ambito di una procedura da aggiudicare mediante una procedura aperta per via telematica, richiedano l'utilizzazione della firma elettronica digitale e prevedano la presentazione della domanda sulla base dei modelli stabiliti dalla stazione appaltante, non essendo stato provato che la predisposizione di modelli da parte della stazione appaltante e l'utilizzazione della firma digitale costituivano elementi idonei ad impedire la partecipazione alla gara (nella specie, peraltro, la comminatoria di esclusione era correlata non alla mancata presentazione del modello, ma all'omessa dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti);*

*c) che richiedano non già il possesso del volume di affari di una volta e mezza l'importo complessivo del contratto, bensì dell'importo relativo al singolo lotto o alla sommatoria dei lotti per i quali si partecipa.*

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio  
(Sezione Prima Ter)  
ha pronunciato la presente  
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9274 del 2013, proposto da:

Soc Autofficina Pontina Srl, Soc Autofficina F.lli Pennesi Snc, Consorzio di Mario, Amiata Motori di Coppetti Nevio, Raggruppamento Soc Officine Meccaniche Arma Srl, Soc Gmv Srl, Soc Ceriv Srl, Soc Torregiani Srl, Molinari Sergio Officina Meccanica, rappresentati e difesi dagli avv. Stefano Nappa, Giuseppe Squillaci, con domicilio eletto presso Giuseppe Squillaci in Roma, viale Giulio Cesare, 78;

contro

Soc Cotral Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Michetti, con domicilio eletto presso Enrico Michetti in Roma, via Giovanni Nicotera, 29;

nei confronti di

Soc Drive Line Service Spa;

per l'annullamento

dell'avviso di procedura aperta per via telematica n. 9/2013, indetto dalla COTRAL S.p.A., relativo all'affidamento dei servizi di manutenzione meccanica per autobus della flotta Cotral,

suddiviso in 12 lotti, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc Cotral Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2013 la dott.ssa Stefania Santoleri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con l'avviso di procedura aperta per via telematica n. 9/13, la COTRAL S.p.A. ha indetto la gara per l'affidamento dei servizi di manutenzione meccanica per gli autobus della propria flotta, suddiviso in 12 lotti, per l'importo complessivo di € 4.400.400,00 più IVA, per la durata di 12 mesi.

Le società ricorrenti, che già svolgono per conto della società Cotral S.p.a. il servizio di manutenzione degli autobus mediante contratti per adesione, non hanno presentato domanda di partecipazione alla gara, ma hanno impugnato direttamente il bando ritenendolo immediatamente lesivo.

Hanno quindi dedotto i seguenti motivi di impugnazione:

1. Violazione di legge, nullità ex art. 46 c. 1-bis del D.Lgs. 163/06, previsione di cause escludenti non previste come tali dalla legge o vietate espressamente.

Sostengono le società ricorrente che il bando di gara predisposto dalla Cotral prevedrebbe molteplici cause escludenti la partecipazione che aggravano ingiustificatamente il procedimento, ed impediscono la partecipazione di tutte le ditte interessate in astratto al bando.

Dette clausole vengono di seguito indicate.

Requisito della territorialità.

Ricordano le società ricorrenti come la giurisprudenza non abbia ritenuto ammissibile l'introduzione di limitazioni territoriali ai fini della partecipazione alle gare: dette clausole – che introducono un maggior punteggio per le imprese locali – si porrebbero in contrasto con la normativa comunitaria e nazionale che vieta ogni discriminazione, in quanto restringono la concorrenza e violano, quindi, il principio comunitario della libera prestazione di servizi.

La clausola del bando che assegna un maggior punteggio all'offerta presentata dall'impresa, usando come criterio di valutazione quello dell'elemento A, sarebbe illogica favorendo le imprese partecipanti con valori Dist bassi.

Previsione del requisito, richiesto a pena di esclusione, di impiegare personale formato dalle Case Costruttrici.

Detto requisito, previsto nel punto 14.d4 dell'Avviso di procedura, sarebbe del tutto impossibile perché vietato dalla normativa vigente: il D.Lgs. 81/08 impone a carico del datore di lavoro l'obbligo formativo e lo vieta alle Case Costruttrici.

Cause di esclusione previste nelle regole di gara di cui alla lettera A).

Il bando conterrebbe alcune clausole – a pena di esclusione – non previste dalla legge che renderebbero impossibile la partecipazione:

Prescrizione di modelli a pena di esclusione, in deroga all'art. 73 c. 4 del codice appalti che sanziona con la nullità dette clausole.

Cauzione provvisoria: detto requisito sarebbe previsto a pena di esclusione pur non essendo previsto dalla legge.

Richiesta, a pena di esclusione, della firma elettronica digitale: detta clausola, non prevista dalla legge, impedirebbe la partecipazione alle ditte che ne sono sprovviste.

Richiesta di fatturato: il fatturato specifico previsto dal bando (una volta e mezzo l'importo del bando pari ad € 4.400.000) sarebbe arbitrario ed eccessivo.

Requisito, a pena di esclusione, degli stalli.

Secondo il bando, per poter partecipare alla gara occorre il possesso di un certo numero di stalli, distinti tra semplici e attrezzati, fissato nell'allegato 3 per ciascun lotto, al di sotto dei quali il partecipante viene escluso.

Il bando di gara poi prevede che – in caso di partecipazione a due o più lotti – gli stalli semplici e attrezzati ed i ponti sollevatori mobili offerti per un lotto, non potranno essere offerti dalla ditta concorrente per altri lotti.

Secondo le ricorrenti la classificazione sarebbe anacronistica, non considerando il capitolato l'automezzo mobile; inoltre il numero minimo degli stalli introdurrebbe un elemento di discriminazione, in quanto le ditte potrebbero utilizzare parcheggi, piazzali ed aree di sosta per svolgere le attività di manutenzione, garantendo una maggiore capacità lavorativa.

Inoltre, l'impossibilità di partecipare a più lotti con gli stessi stalli, introducendo una limitazione al numero dei lotti cui partecipare, potrebbe favorire forme di coordinamento tra i partecipanti alla gara; infine, detta clausola non terrebbe conto della preparazione del personale delle autofficine e delle tipologie di manutenzione, della ricambistica e dei tempi di lavorazione.

Irragionevolezza/abnormità di alcune clausole riguardanti le penali.

Il meccanismo di applicazione delle penali sarebbe illegittimo ed iniquo, non essendo previsto alcun procedimento di contestazione in contraddittorio con l'affidatario e la possibilità di presentare difese. L'applicazione delle penali connesse al mancato superamento della revisione sarebbe incongruo, in quanto non terrebbe conto della vetustà della flotta Cotral e della tempistica della Motorizzazione.

La ritardata consegna dei mezzi potrebbe dipendere dai ritardi della stazione appaltante nel fornire i ricambi e nel reperirli, stante la vetustà dei mezzi.

Le penali connesse al ritardo nella consegna dei preventivi non terrebbe conto che per effettuarli è necessario disporre del mezzo, mentre la Cotral farebbe decorrere il termine dalla semplice apertura dell'ordine di manutenzione.

In conclusione, le ricorrenti insistono per l'accoglimento del ricorso.

La società Cotral S.p.A. si è costituita in giudizio ed ha eccepito, preliminarmente, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse; ha altresì eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione per omessa notifica ad almeno un controinteressato: la società evocata in giudizio, infatti, non ha partecipato alla gara, mentre il ricorso avrebbe dovuto essere notificato ad una delle società partecipanti.

Nel merito ha controdedotto alle censure proposte, ed ha chiesto il rigetto dell'impugnativa.

Alla Camera di Consiglio del 31 ottobre 2013 le ricorrenti hanno rinunciato alla domanda cautelare.

Con ordinanza n. 9346/13 il Collegio ha disposto incumbenti istruttori ed ha fissato l'udienza di merito.

In prossimità dell'udienza di trattazione, le parti hanno depositato memorie e memorie di replica.

All'udienza pubblica del 12 dicembre 2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Ritiene il Collegio di poter prescindere dall'esaminare le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla difesa della resistente in considerazione dell'infondatezza, nel merito, del ricorso.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza la disciplina di gara può fissare requisiti di partecipazione più restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge: la scelta della stazione appaltante, però, deve essere rispettosa dei principi comunitari della trasparenza, della par condicio tra i concorrenti, della massima partecipazione e soprattutto della proporzionalità (tutti peraltro espressamente richiamati dall'art. 27 del Codice dei contratti pubblici), la cui applicazione informa e condiziona il potere della Pubblica amministrazione nel momento della predisposizione e della redazione della lex specialis di gara, per come peraltro (altrettanto espressamente) è anche ribadito nell'art. 74, comma 5, del Codice.

La disciplina di gara può quindi richiedere ai concorrenti requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza con riguardo alle specifiche esigenze imposte dall'oggetto dell'appalto e comunque non introducano indebite discriminazioni nell'accesso alla procedura (cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2010 n. 426, Sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2304 nonché TAR Lazio, Sez. II, 9 dicembre 2008 n. 11147).

In altri termini:

- alla luce dei principi di derivazione comunitaria ed immanenti nell'ordinamento nazionale, di ragionevolezza e di proporzionalità, nonché di apertura alla concorrenza degli appalti pubblici, il potere discrezionale della stazione appaltante di prescrivere adeguati requisiti ovvero speciali modalità per la partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici è soggetto ai limiti connaturati alla funzione affidata alle clausole del bando volte a prescrivere i requisiti speciali o le peculiari modalità partecipative pretese in stretta relazione con le finalità proprie della selezione tra più aspiranti per la scelta di quello più idoneo e l'oggetto della commessa da affidarsi;

- in buona sostanza, il potere discrezionale dell'amministrazione appaltante di determinare le regole della gara e, in specie, di introdurre requisiti di partecipazione alla gara, oggettivi e/o soggettivi ovvero modalità specifiche di partecipazione - ulteriori e maggiormente selettivi rispetto a quelli stabiliti dalle norme - incontra il limite del rispetto del principio di proporzionalità e di ragionevolezza;

- in tal modo i requisiti e le peculiari modalità partecipative non devono restringere indebitamente l'accesso alla procedura e devono essere giustificati da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 12 ottobre 2010 n. 2293).

Va poi rimarcato che lo stesso interesse pubblico alla tutela della concorrenza non può che essere perseguito in stretta adesione con il principio comunitario di proporzionalità, che richiede non soltanto la dimostrazione dell'idoneità della misura a raggiungere lo scopo perseguito, ma anche la dimostrazione della sua adeguatezza, nel duplice senso della corrispondenza alla situazione presa in considerazione e della non eccedenza rispetto ad essa, in modo che la stessa risulti corrispondente a quanto è strettamente necessario per raggiungere lo scopo (cfr. T.A.R. Lazio Sez. II Quater 19/2/13 n. 1828).

Nel contempo la giurisprudenza ha precisato che la scelta operata dalla stazione appaltante in merito all'introduzione dei requisiti e alle modalità di partecipazione alla gara può essere sindacata in sede di legittimità solo in quanto sia manifestamente irragionevole, arbitraria,

irrazionale, sproporzionata, illogica e contraddittoria (Cons. Stato Sez. V 2/2/09 n. 252; Cons. Stato Sez. IV 22/10/04 n. 6967) con la precisazione che il giudice – anche mediante il ricorso al sindacato estrinseco - può comunque valutare se la richiesta di un certo requisito sia correlata al concreto interesse perseguito dall'Amministrazione nella selezione del miglior contraente (cfr. parere AVCP 21/3/12 n. 42; 5/4/2010 n. 71).

Svolte queste premesse è possibile procedere alla disamina delle censure proposte che riguardano le clausole in contestazione.

Ritiene il Collegio di dover seguire l'ordine predisposto dalle ricorrenti.

La prima clausola oggetto di contestazione è quella relativa alla cosiddetta "territorialità".

Occorre innanzitutto rilevare, conformemente a quanto dedotto dalla resistente, che l'elemento della territorialità non costituisce requisito di partecipazione alla gara, ma soltanto un elemento rilevante in sede di attribuzione del punteggio nell'ambito dell'offerta tecnica.

Occorre dunque accertare se l'attribuzione di un maggior punteggio in considerazione della vicinanza dell'officina costituisca elemento discriminatorio, irragionevole e sproporzionato rispetto all'interesse della stazione appaltante, ovvero se possa ritenersi giustificato in considerazione delle specifiche peculiarità dell'appalto in questione.

La stazione appaltante nella propria memoria ha chiarito che la previsione di 24 punti sui 45 complessivi relativi all'offerta tecnica corrisponde alla fondamentale esigenza – giustificata dalla natura delle prestazioni oggetto dell'appalto – di poter usufruire di officine il meno distanti possibile dai propri depositi e ciò sia per la riduzione dei tempi dei "fuori servizio" dei mezzi, sia per l'usura stessa dei mezzi.

Nella stessa memoria la stazione appaltante ha precisato che attualmente "i km fuori servizio per attività manutentive rappresentano per la Cotral S.p.A. circa 800mila/1 milione di Km/anno" e che il bando è stato redatto in questa forma proprio al fine di ovviare a detta problematica (e cioè ridurre i costi di manutenzione e di usura dei mezzi) e non certamente per avvantaggiare le imprese già localizzate nel territorio.

Tenuto conto dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, ritiene il Collegio che la clausola non sia affetta di vizi di irragionevolezza, illogicità o di sproporzionalità, essendo funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico.

Altrettanto infondate sono le censure proposte avverso la clausola di cui al punto 14.d4 del bando, in quanto richiede soltanto l'impiego di personale idoneamente formato e non pretende necessariamente – come ritenuto nel ricorso – la formazione da parte delle case costruttrici.

Peraltro nel disciplinare di gara (pag. 5), si precisa che devono essere prodotte "Certificazioni attestanti la capacità oppure attestati di corsi professionali per il proprio personale rilasciati dalle Case Costruttrici, o equipollenti, per l'esecuzione di lavorazioni di carrozzeria e/o revisione motori su autobus oggetto di Capitolato Speciale": il riferimento alla possibilità di produrre attestazioni "equipollenti" conferma l'infondatezza della censura.

Deve essere ora esaminata la legittimità delle clausole di cui al punto C) del ricorso.

Secondo le ricorrenti la clausola di cui al punto C.a) del ricorso – e cioè quella che prevede l'esclusione dalla gara in caso di mancata presentazione della domanda sulla base dei modelli stabiliti dalla stazione appaltante - sarebbe illegittima in quanto contrastante con la disposizione dell'art. 73 c. 4 del Codice di Contratti.

Altrettanto illegittima sarebbe la clausola di cui al punto C.c) del ricorso, e cioè quella che impone, a pena di esclusione, la firma elettronica digitale, in quanto impedirebbe alle imprese che non dispongono della firma digitale di presentare la domanda.

Entrambe le censure sono infondate.

Innanzitutto occorre rilevare che dette previsioni derivano dalla particolare forma di gara – procedura aperta per via telematica – per le quali è lo stesso Codice di Contratti che prevede l'utilizzazione della firma elettronica digitale (art. 77 c. 6 lett. b) (cfr. anche T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 24-05-2012, n. 1019), mentre l'utilizzazione di particolari modelli già predisposti da trasmettere in via telematica è stata introdotta per agevolare la partecipazione alla gara; in ogni caso – tenuto anche conto della genericità della censura che non indica la specifica clausola in contestazione – deve rilevarsi che dalla disamina del bando di gara appare evidente che la comminatoria di esclusione è correlata non alla mancata presentazione del modello, bensì alla mancata dichiarazione del possesso dei requisiti (cfr. punto 14 dell'avviso di gara); peraltro, come ha correttamente rilevato la difesa della Cotral, su ogni modello è riportato il seguente inciso "E' possibile rendere la dichiarazione utilizzando materialmente il presente modello o una sua fotocopia"; infine non risulta provato che la predisposizione di modelli da parte della stazione appaltante e l'utilizzazione della firma digitale costituiscano elementi idonei ad impedire la partecipazione alla gara, tanto più che la Cotral ha dichiarato che tutte le società ricorrenti si avvalgono della firma digitale.

E' controversa anche la clausola che impone la prestazione della cauzione provvisoria (punto C b) del ricorso.

La prescrizione – come ha correttamente rilevato la difesa della resistente - è pienamente coerente con quanto stabilito nella determinazione dell'AVCP n. 4/12, in tema di predisposizione di bandi tipo.

L'Autorità di Vigilanza ha infatti precisato che "l'art. 75 del Codice presenta un contenuto immediatamente prescrittivo e vincolante, tale per cui deve ritenersi che la presentazione della cauzione provvisoria configuri un adempimento necessario a pena di esclusione. La garanzia provvisoria assolve, infatti, allo scopo di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario. Pertanto, essa è un elemento essenziale dell'offerta e non un mero elemento a corredo della stessa".

La censura deve essere pertanto respinta.

Per quanto riguarda, invece, il requisito relativo al fatturato, la censura si fonda su una non corretta interpretazione della clausola di cui al punto 14.c1 del bando che prevede "l'attestazione di aver realizzato, negli ultimi tre esercizi finanziari chiusi alla data di pubblicazione del bando, un volume di affari globale non inferiore ad una volta e mezza l'importo presunto relativo al lotto o alla somma dei lotti per i quali si partecipa": il bando, dunque, non richiede il possesso del volume di affari di una e volta e mezza l'importo complessivo di € 4.400.000,00, bensì dell'importo relativo al singolo lotto o alla sommatoria dei lotti per i quali si partecipa.

Inoltre, per il fatturato specifico – richiamato nel ricorso – è richiesto il possesso del solo importo presunto relativo al lotto o ai lotti per i quali si partecipa (e dunque non una volta e mezza l'importo del lotto o dei lotti).

Pertanto la misura richiesta – essendo commisurata al lotto o ai lotti, e non all'importo totale – non è affetta da irragionevolezza, né viola i principi di proporzionalità e di libera concorrenza.

Censurano le ricorrenti poi la previsione contenuta nei punti 14.d2 e 14.d3 dell'avviso di gara, nei quali la stazione appaltante ha imposto come requisito di partecipazione la disponibilità "per ciascun lotto per il quale si partecipa, di un numero di stalli non inferiore a quanto riportato rispettivamente nelle colonne A e B della tabella di cui all'Allegato n. 3 del Capitolato Speciale" (punto 14.d2) ed ha previsto che "in caso di partecipazione per più lotti, gli "stalli

semplici", gli "stalli attrezzati" ed i "ponti sollevatori mobili" offerti per un lotto, e riportati nei punti 4, 5 e 6 della Scheda Officina (Allegato n. 6 del Capitolato Speciale), non potranno essere offerti per altri lotti" (punto 14.d3).

Secondo le ricorrenti tali clausole sarebbero restrittive della concorrenza e tali da non consentire la partecipazione alla gara; sarebbero inoltre anacronistiche ed irragionevoli, in quanto le ditte potrebbero utilizzare parcheggi, piazzali ed aree di sosta per svolgere le attività di manutenzione, garantendo una maggiore capacità lavorativa.

Infine, l'impossibilità di partecipare a più lotti con gli stessi stalli, introducendo una limitazione al numero dei lotti cui partecipare, potrebbe favorire forme di coordinamento tra i partecipanti alla gara.

La Cotral non avrebbe tenuto conto inoltre della preparazione del personale delle autofficine e delle tipologie di manutenzione, della ricambistica e dei tempi di lavorazione.

La censura non può essere condivisa.

Innanzitutto la previsione di un certo numero di stalli necessario per la corretta esecuzione del servizio non è tale da pregiudicare la possibilità di partecipare alla gara in quanto il bando consente il ricorso all'avvalimento, o al R.T.I. per il raggiungimento del requisito; la gara è poi strutturata per lotti, e dunque le imprese avrebbero potuto partecipare per singoli lotti, tenuto conto che in questo caso è richiesta la disponibilità di un numero di stalli limitato; inoltre la previsione di un certo numero di stalli è stata introdotta dalla stazione appaltante dopo aver valutato le esigenze manutentive sugli autobus (che tengono conto anche della particolare vetustà del parco autobus e che dipendono anche dai singoli lotti) (cfr. pag. 12 prima memoria della Cotral laddove viene spiegato il criterio utilizzato per stabilire il fabbisogno; pag. 7 memoria del 20/11/13).

La clausola di cui al punto 14.d3, è stata imposta per evitare che concorrenti con attrezzatura non adeguata potessero aggiudicarsi più bacini di manutenzione non disponendo delle risorse necessarie: la stazione appaltante ha infatti modulato il requisito al fine di perseguire la finalità del sollecito svolgimento del servizio tenuto conto del grave ritardo con il quale attualmente viene svolta l'attività di manutenzione, che comporta il fermo macchina per lunghi periodi e pregiudica il corretto svolgimento del servizio pubblico di trasporto.

La società Cotral ha giustificato anche il mancato riferimento agli automezzi mobili, in quanto dispositivi da utilizzare per l'attività di soccorso in linea.

Infine non può assumere rilievo in questa sede la competenza professionale degli operatori, atteso che alcune attività di manutenzione presuppongono la disponibilità di specifica attrezzatura (ad esempio gli stalli attrezzati) che non è surrogabile dal ricorso alla manodopera.

Ritiene pertanto il Collegio che il requisito non sia né irragionevole né sproporzionato, tenuto conto che non impedisce alle società interessate di partecipare alla gara, ma sia stato introdotto per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico costituito dalla necessità di garantire la regolarità, tempestività ed accuratezza degli interventi (cfr. pag. 17 memoria della Cotral del 20/11/13), tenuto anche conto dell'attuale situazione di disservizio rappresentata dalla resistente.

La censura deve essere pertanto respinta.

Resta da esaminare la legittimità delle clausole relative alle penali.

Innanzitutto occorre rilevare che la società resistente ha dimostrato che l'attuale regime delle penali derivante dai contratti per adesione stipulati dalle ricorrenti prevede clausole analoghe a quelle previste nel bando impugnato: ne deriva che la disciplina delle penali non è tale da

impedire la partecipazione alla gara o da rendere impossibile la valutazione in merito alla convenienza dell'appalto.

In ogni caso, per quanto concerne la penale per il mancato superamento della revisione, è sufficiente rilevare che viene applicata in quanto il mancato superamento della revisione implica il mancato svolgimento a regola d'arte delle attività di manutenzione e riparazione in precedenza fatturate alla società.

La penale per ritardato preventivo viene determinata solo sui ritardi del fornitore e al netto dei tempi a carico della società Cotral (cfr. punto 26.1.a) del Capitolato Speciale) e presuppone comunque la disponibilità del mezzo; la penale per ritardata consegna dei mezzi tiene conto del tempo necessario per la consegna dei materiali (cfr. punto 26.1.b) del Capitolato Speciale). Quanto alla possibilità di contestazione sull'applicazione delle penali, si tratta di un diritto riconosciuto dall'ordinamento, e pertanto è azionabile dall'aggiudicatario a prescindere dall'espresso richiamo nel capitolato.

Ne consegue che anche dette clausole devono ritenersi legittime.

Il ricorso deve essere quindi respinto, unitamente alla consequenziale domanda risarcitoria, peraltro del tutto carente di elementi probatori.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna le ricorrenti al pagamento delle spese processuali che liquida in complessivi € 2.500,00 (duemilacinquecento/00) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Rita Tricarico, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 14/01/2014.

## **BREVI ANNOTAZIONI**

## **L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA**

Con la pronuncia in commento il TAR Lazio ha affrontato la complessa problematica relativa all'attuazione dei principi di libera concorrenza e di proporzionalità nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.

In particolare, il TAR è stato chiamato a pronunciarsi in ordine ai contorni entro i quali la stazione appaltante può richiedere ai concorrenti requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge ed entro che limiti tale scelta può essere sindacata in sede giurisdizionale dal Giudice amministrativo.

## IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La controversia oggetto della pronuncia in commento, trae origine dall'impugnazione del bando con cui è stata indetta una gara per l'affidamento di servizi di manutenzione per autobus, suddivisa in 12 lotti.

Più precisamente, il bando di gara è stato impugnato da parte di alcuni operatori economici che non avevano partecipato alla gara, ritenendolo immediatamente lesivo in ragione di molteplici cause escludenti che ne avevano aggravato ingiustificatamente il procedimento o avevano impedito in maniera discriminatoria la partecipazione di tutte le ditte interessate.

Con la decisione in commento, il TAR Lazio ha confermato il costante orientamento della giurisprudenza secondo cui la disciplina di gara può fissare requisiti di partecipazione più restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, con il limite del rispetto dei principi comunitari della trasparenza, della *par condicio* tra i concorrenti, della massima partecipazione e soprattutto della proporzionalità (tutti espressamente richiamati dall'art. 27 del Codice dei contratti pubblici), la cui applicazione informa e condiziona il potere della Pubblica amministrazione nel momento della predisposizione e della redazione della *lex specialis* di gara, come, peraltro, ribadito nell'art. 74, comma 5, del Codice.

È orientamento costante quello secondo cui la disciplina di gara può richiedere ai concorrenti requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza con riguardo alle specifiche esigenze imposte dall'oggetto dell'appalto (TAR Sardegna, Sez. I, 12 ottobre 2010, n. 2293) e comunque non introducano indebite discriminazioni nell'accesso alla procedura (cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2010, n. 426; Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2304; nonché TAR Lazio, Sez. II, 9 dicembre 2008, n. 11147).

In altri termini, alla luce dei principi di derivazione europea di ragionevolezza e di proporzionalità, nonché di apertura alla concorrenza del mercato dei contratti pubblici, il potere discrezionale della stazione appaltante di prescrivere particolari requisiti ovvero speciali modalità per la partecipazione alle gare è soggetto ai limiti connaturati alla funzione stessa delle clausole del bando. La possibilità per la stazione appaltante di prescrivere speciali requisiti di partecipazione o prevedere peculiari modalità procedurali deve porsi in stretta correlazione con lo scopo della selezione stessa: ossia individuare tra più aspiranti quello più idoneo in rapporto all'oggetto della commessa.

È noto, infatti, che con riferimento alle procedure di affidamento di pubbliche forniture o servizi,

l'individuazione dei requisiti minimi di partecipazione indicati nel bando e/o nel disciplinare di gara, è determinata dalla stazione appaltante in relazione ad ogni singola gara. In altri termini, con il regime della c.d. "qualificazione in gara", il Codice, pur predeterminando i requisiti che possono essere richiesti al concorrente – prevedendo altresì gli indici che li caratterizzano e quali siano i possibili mezzi di prova del loro possesso (artt. 41 e 42, D.Lgs. n. 163/2006) – ha lasciato ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti.

In quest'ottica, l'amministrazione vanta un apprezzabile margine di discrezionalità nel chiedere requisiti di capacità tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli indicati dalla disciplina legislativa, ma con il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; sicché non è consentito pretendere il possesso di requisiti sproporzionati o estranei rispetto all'oggetto della gara (Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655).

Di conseguenza, sono assolutamente legittimi i requisiti richiesti dalle stazioni appaltanti che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, rispettino il limite della logicità e della ragionevolezza e, cioè, della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. Tali requisiti possono essere censurati solo allorché appaiano viziati da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara (Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7139).

Quanto all'ampiezza del sindacato giurisdizionale sulla scelta della stazione appaltante in merito all'introduzione di tali ulteriori requisiti, la sentenza in rassegna ha affermato che essa può essere censurata in sede di legittimità solo in quanto sia manifestamente irragionevole, arbitraria, irrazionale, sproporzionata, illogica e contraddittoria (Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2009, n. 252; Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6967), con la precisazione che il giudice – anche mediante il ricorso al sindacato estrinseco - può comunque valutare se la richiesta di un certo requisito sia correlata al concreto interesse perseguito dall'Amministrazione nella selezione del miglior contraente (cfr. parere AVCP 21 marzo 2012, n. 42; 5 aprile 2010, n. 71).

Orbene, alla luce delle esposte considerazioni, nel caso di specie il TAR ha considerato pienamente legittimo l'operato della stazione appaltante che, dovendo affidare un contratto avente ad oggetto servizi di manutenzione meccanica per autobus, ha inserito nel bando clausole che:

a) prevedano l'elemento della territorialità, peraltro non quale requisito di partecipazione alla gara, ma solo come elemento rilevante in sede di attribuzione del punteggio nell'ambito dell'offerta tecnica; l'attribuzione di un maggior punteggio in considerazione della vicinanza dell'officina non può considerarsi discriminatorio, irragionevole e sproporzionato rispetto all'interesse della stazione appaltante, potendo ritenersi giustificato altresì in considerazione delle specifiche peculiarità dell'appalto in questione;

b) nell'ambito di una procedura da aggiudicare mediante una procedura aperta per via telematica, richiedano l'utilizzazione della firma elettronica digitale e prevedano la presentazione della domanda sulla base dei modelli stabiliti dalla stazione appaltante, non essendo stato provato che la predisposizione di modelli da parte della stazione appaltante e

l'utilizzazione della firma digitale costituivano elementi idonei ad impedire la partecipazione alla gara (nella specie, peraltro, la comminatoria di esclusione era correlata non alla mancata presentazione del modello, ma all'omessa dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti);

c) che richiedano non già il possesso del volume di affari di una volta e mezza l'importo complessivo del contratto, bensì dell'importo relativo al singolo lotto o alla sommatoria dei lotti per i quali si partecipa.

## **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

In conclusione, la sentenza è degna di nota per aver contribuito, in primo luogo, a fare chiarezza in ordine all'ampiezza del potere discrezionale della stazione appaltante di definire il contenuto dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche.

In secondo luogo, la decisione è apprezzabile nella parte in cui pone in evidenza il rapporto – con riferimento alle procedure ad evidenza pubblica – tra i principi di concorrenza e di proporzionalità, precisando che lo stesso interesse pubblico alla tutela della concorrenza va perseguito in stretta adesione con il principio europeo di proporzionalità. Tale principio richiede non soltanto la dimostrazione dell'idoneità della misura a raggiungere lo scopo perseguito, ma anche la dimostrazione della sua adeguatezza, nel duplice senso della corrispondenza alla situazione presa in considerazione e della non eccedenza rispetto ad essa, in modo che la stessa risulti corrispondente a quanto è strettamente necessario per raggiungere lo scopo (cfr. TAR Lazio, Sez. II-*Quater*, 19 febbraio 2013, n. 1828).

## **PERCORSO BIBLIOGRAFICO**

P. Patrito, *I requisiti di ordine speciale: la qualificazione tecnica economica negli appalti di servizi e forniture*, in F. Caringella – M. Giustiniani (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, IV, *I contratti pubblici*, Ed. Dike, 2014.