

Clausole “escludenti”: interpretazione e chiarimenti sulla legge di gara. Principio di tassatività delle cause di esclusione e requisiti di capacità previsti a pena di esclusione

di Daniela Corsetti

Data di pubblicazione: 25-7-2017

(i) Già dalla pubblicazione della lex specialis di gara, e soprattutto dopo il chiarimento n. 12 fornito dalla S.A., la società appellante era a conoscenza dell'impossibilità di utilizzare il fatturato conseguito nello svolgimento dell'attività di manutenzione, il che implica che – ove avesse ritenuto illegittima la clausola introdotta dalla stazione appaltante – avrebbe dovuto provvedere alla sua tempestiva impugnazione.

(ii) Tale chiarimento, a giudizio del Collegio, non modifica né integra il contenuto della clausola contenuta nel disciplinare di gara, ma si limita a ribadire – in modo chiaro – ciò che già emergeva dalla lettura del disciplinare di gara: in ogni caso, ove avesse effettivamente innovato la lex specialis di gara (come sostenuto dall'appellante), avrebbe dovuto essere specificatamente impugnato.

(iii) Quanto alla dedotta nullità della clausola, è sufficiente rilevare che la declaratoria di nullità si riferisce a clausole del bando che impongono adempimenti formali e non può quindi riguardare prescrizioni contenute nella lex specialis di gara che attengono ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica: la giurisprudenza amministrativa ha sempre riconosciuto alla stazione appaltante un margine apprezzabile di discrezionalità nel richiedere tali requisiti anche se più severi rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto della proporzionalità e ragionevolezza e nel limite della continenza e non estraneità rispetto all'oggetto della gara. Tale esercizio della discrezionalità è stato ritenuto, dunque, compatibile con i principi della massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione delle prestazioni e servizi, purché i requisiti richiesti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e la loro applicazione più rigorosa si correli a circostanze debitamente giustificate.

(ii) conformi: Cons. Stato, Sez. III, 1° febbraio 2017, n. 431.

(iii) conformi: Cons. Stato, Sez. V, 4 gennaio 2017, n. 9; Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8540 del 2016, proposto da:

Impresa Gielle di Luigi Galantucci, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Anna Lillo, Nicola Di Modugno, con domicilio eletto presso lo studio Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

Azienda Policlinico Umberto I° - Roma, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Paola Baglio, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocatura dell'Azienda Policlinico Umberto I° in Roma, via del Policlinico, n. 155;

nei confronti di

GSA - Gruppo Servizi Associati Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Mazzeo, Luca Ponti, Luca De Pauli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Mazzeo in Roma, via Eustachio Manfredi, n. 5;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, Sezione Terza Quater, n. 7540 del 2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di vigilanza e prevenzione incendi, gestione delle emergenze degli immobili del Policlinico Umberto I° di Roma.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Policlinico Umberto I° di Roma e della società GSA - Gruppo Servizi Associati Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2017 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Anna Lillo, Nicola Di Modugno, Paola Baglio, Luca Mazzeo e Luca De Pauli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con bando inviato alla GUCE in data 23 giugno 2015, e pubblicato sulla GURI n. 75 del 29 giugno 2015, l'Azienda Policlinico Umberto I° di Roma ha indetto la gara "a procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza e prevenzione incendi e gestione delle emergenze per gli immobili comunque in uso presso gli edifici dell'Azienda Policlinico Umberto I°, per la durata di cinque anni con l'utilizzo di tredici unità di addetti antincendio 24 ore su 24 per 365 giorni l'anno".

2. - Per quanto di interesse, il disciplinare di gara (punto 1.5 lett. f) prevedeva come requisito di partecipazione "il possesso di un fatturato specifico relativo a servizi di sorveglianza e prevenzione incendi resi nel triennio precedente la data di pubblicazione del bando per un importo pari o superiore ad € 7.461.417,60 oltre IVA di legge".

Inoltre, la Stazione appaltante, in risposta al quesito n. 12, proposto proprio dall'appellante e pubblicato sul sito aziendale non più tardi del 4 settembre 2015, ha ribadito che: "il settore imprenditoriale e professionale cui afferisce l'appalto non è quello delle manutenzioni ordinarie e straordinarie...., ma quello della sorveglianza antincendio. Pertanto il fatturato ricadente nella fattispecie della manutenzione di impianti antincendio non può essere considerato utile al fine del soddisfacimento del requisito di cui all'art. 1.5, comma f) secondo punto che prevede invece attività specifica di sorveglianza e prevenzione incendi".

3. - Alla gara hanno preso parte tre concorrenti, tra i quali l'impresa appellante e la società GSA, risultata poi aggiudicataria del servizio, odierna appellata.

In seguito al sorteggio l'impresa appellante è stata sottoposta a verifica ex art. 48 D.Lgs. 163/06 ed è stata quindi esclusa, in quanto non in possesso del requisito relativo al fatturato specifico.

La stazione appaltante ha, infatti, depurato dal fatturato indicato (ben superiore a quello previsto dal disciplinare di gara) gli importi riferibili all'attività di manutenzione degli impianti antincendio: ciò ha comportato l'abbattimento del fatturato specifico e la sua riconduzione all'importo di € 4.483.640,86 inferiore al limite richiesto per l'ammissione alla gara.

4. - L'impresa Gielle ha impugnato dinanzi al TAR per il Lazio il proprio provvedimento di esclusione ed il successivo provvedimento di aggiudicazione a favore della controinteressata GSA, chiedendo anche la declaratoria di nullità ex art. 31, comma 4, c.p.a., del punto 5, lett. f) II° capoverso del disciplinare di gara relativo al fatturato, come interpretato dalla stazione appaltante.

Ha anche chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto, ove eventualmente stipulato con l'aggiudicataria.

5. - Con la sentenza appellata, il primo giudice ha accolto l'eccezione di inammissibilità del

ricorso sollevata dall'impresa controinteressata rilevando che:

“1) la lex specialis indicava chiaramente il possesso di un fatturato specifico relativo ai servizi di sorveglianza e prevenzione incendi resi nel triennio precedente alla data di pubblicazione del bando per un importo pari o superiore ad Euro 7.461.417,60 oltre iva di legge;

2) tale interpretazione risulta confermata dal citato chiarimento n.12 il quale nel richiamare pedissequamente il disciplinare di gara, ha affermato che l'attività di manutenzione di impianti antincendio non poteva essere ricompresa nell'ambito del fatturato richiesto;

3) conseguentemente la contestata delibera di esclusione risulta essere meramente applicativa della clausola del bando e del disciplinare, la quale, nel prevedere a pena di esclusione il possesso del citato fatturato specifico con riferimento ai servizi di sorveglianza e prevenzione risultava essere immediatamente lesiva della posizione giuridica della ricorrente che non ha dimostrato di possedere il suddetto requisito;

4) stante la natura direttamente lesiva delle menzionata disposizione della lex specialis, la stessa doveva essere, pertanto, tempestivamente impugnata, come affermato dal consolidato orientamento del Consiglio di Stato (Ad. Plen. n.1/2003; Sez. V, n.5155/2013), secondo cui l'onere di tempestiva impugnativa del bando è configurabile solo in relazione a clausole immediatamente escludenti, aventi ad oggetto requisiti di partecipazione alla procedura selettiva che l'impresa concorrente o aspirante tale non possiede ex ante, con la conseguenza, in linea con quanto prospettato dalla sollevata eccezione, che il proposto gravame risulta essere inammissibile, atteso che la società ricorrente ha contestato la delibera di esclusione che risulta essere meramente applicativa di una disposizione della lex specialis direttamente lesiva e non ritualmente impugnata”.

Quanto alla nullità della clausola del bando, relativa al fatturato riferito al solo servizio di sorveglianza e prevenzione incendi, ha rilevato il TAR che il principio di tassatività ex art. 46 comma 1 bis del D.Lgs. 163/06, non può riferirsi ai casi di esclusione di *“un'impresa che abbia offerto un prodotto privo dei requisiti minimi di carattere tecnico richiesti per la partecipazione”*; la clausola non può essere considerata *“illogica o discriminatoria essendo finalizzata a tutelare l'interesse primario della stazione appaltante ad aggiudicare l'appalto solamente ad imprese specializzate nello specifico servizio della sorveglianza e prevenzione incendi”*

6. - Avverso tale sentenza ha proposto appello l'impresa Gielle, chiedendo la riforma della sentenza di primo grado.

6.1 - Si è costituita in giudizio l'Azienda Policlinico Umberto I° di Roma che ha concluso chiedendo il rigetto dell'impugnativa.

6.2 - Si è costituita in giudizio anche la società controinteressata GSA che ha eccepito l'inammissibilità e comunque l'infondatezza dei motivi di appello.

Le parti hanno depositato memorie e memorie di replica.

7. - All'udienza pubblica dell'11 maggio 2017 l'appello è stato trattenuto in decisione.

8. - L'appello avverso i capi di sentenza che hanno dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado è infondato e va, dunque, respinto; va invece accolto nella sola parte relativa alla condanna alle spese di lite in primo grado.

9. - Con il primo motivo di appello, l'appellante ha dedotto, in estrema sintesi, che:

- il primo giudice avrebbe errato nel ritenere inammissibile il ricorso per mancata tempestiva impugnazione della clausola relativa al fatturato, in quanto la sua lesività sarebbe derivata non dal suo tenore, bensì dall'interpretazione fornita dalla stazione appaltante al momento dell'esclusione;

- l'impresa è stata infatti ammessa a partecipare alla gara ottenendo il miglior punteggio per l'offerta tecnico economica: se la clausola fosse stata escludente, essa avrebbe dovuto essere estromessa direttamente dalla stazione appaltante, prima ancora della verifica dei requisiti;

- in realtà essa disponeva di un fatturato ben maggiore di quello minimo richiesto;

- le prestazioni di manutenzione degli impianti antincendio non potrebbero che afferire al settore della sicurezza antincendio, ed essere quindi ricomprese nell'ambito dei servizi di sorveglianza e prevenzione incendi, come peraltro si evincerebbe anche dal CSA (art. 3);

- il chiarimento fornito dalla S.A. avrebbe integrato e modificato la clausola, dandone un'interpretazione restrittiva non compatibile con il suo tenore, e dunque, correttamente tale clausola sarebbe stata impugnata unitamente al provvedimento di esclusione.

10. - Con il secondo motivo di appello, l'impresa Gielle deduce l'erroneità del capo di sentenza che ha respinto la sua doglianza diretta a sostenere la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Ha quindi dedotto che:

- l'interpretazione fornita dalla S.A. in merito alla clausola relativa al fatturato sarebbe illogica, irrazionale e non improntata al principio di proporzionalità, avendo comportato una causa di esclusione dalla gara di appalto non prevista dalla legge in generale e da quella di gara;

- sarebbe stato violato l'art. 46, comma 1, del D.Lgs. 163/06, con conseguente nullità della stessa clausola, in quanto introduttiva di un requisito non previsto dalla legge.

11. - L'appellante ha anche chiesto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE ex art. 267 TFUE, in relazione all'interpretazione del giudice italiano e della stazione appaltante dell'art. 41, comma 1, lett. c) del D.Lgs. 163/06 relativa alla "dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara", disponendo l'esclusione di un concorrente da una gara pubblica in relazione ad un

servizio pregresso – quello di manutenzione – ancorché reso nel settore di attività oggetto di affidamento.

12. – Le due doglianze, che vengono esaminate congiuntamente perché strettamente connesse, non possono essere condivise.

Ritiene il Collegio di dover, innanzitutto:

- accertare il contenuto della clausola relativa al fatturato prevista nella lex specialis, specificando cosa dovesse intendersi per attività di sorveglianza (o vigilanza) antincendio, in base alla lettura congiunta del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto;

- valutare se dopo il chiarimento fornito dalla S.A., reso su espresso quesito formulato dalla stessa impresa Gielle, potessero residuare dubbi circa la non valutabilità dell'attività di manutenzione degli impianti antincendio, ai fini del possesso del requisito relativo al fatturato specifico, richiesto come requisito di ammissione alla gara;

- statuire se il chiarimento fosse effettivamente tale, o se avesse, invece, comportato una integrazione o modificazione della clausola stessa, come asserito dall'appellante.

12.1 - L'oggetto dell'appalto è costituito (per quanto di interesse) dal servizio di vigilanza e prevenzione incendi: la clausola contenuta nel disciplinare punto 1.5 lett. f) richiede il possesso del fatturato di € 7.461.417,60 nel "settore oggetto di gara" in relazione agli ultimi tre esercizi.

Il Capitolato Tecnico (art. 1, 2 e 3) individua chiaramente in cosa consiste il servizio e quale è la normativa di riferimento (D.M. 10/3/98 e s.m.i., decreto 19/3/2015 relativo all' "Aggiornamento della regola tecnica di prevenzione incendi per la progettazione, la costruzione e l'esercizio delle strutture sanitarie pubbliche e private di cui al decreto 18/9/2001".

L'art. 1 fa chiaramente riferimento all'esercizio continuativo di vigilanza del presidio ospedaliero 24 ore su 24 per 365 giorni l'anno; l'art. 3 – relativo alle modalità di espletamento del servizio – precisa che tale attività, da svolgersi in modo continuativo nelle 24 ore giornaliere per tutti i giorni dell'anno, deve essere eseguita da 13 operatori.

L'art. 3 individua, inoltre, specificatamente in cosa consiste tale servizio.

In sostanza, sia dalla descrizione delle singole attività, sia dalla normativa di riferimento richiamata dal CSA, si evince che si tratta dell'attività di pattugliamento e presidio della struttura sanitaria, diretto alla prevenzione costante degli incendi e al pronto intervento, con coordinamento di processi e risorse umane nel caso di evento dannoso (incendio) intervenendo prontamente.

12.2 - Si tratta di un'attività ben distinta da quella relativa alla manutenzione dei presidi antincendio, che consiste nella mera verifica e sostituzione di estintori, idranti, naspe, ecc. e quindi nello svolgimento di un'attività di tipo manuale avente carattere periodico.

Tale ultima attività, infatti, presenta carattere prettamente tecnico ed impiantistico e viene esercitata periodicamente e non continuativamente come invece richiesto nel presente appalto.

Del resto il concetto di vigilanza antincendio è chiaro agli operatori di settore ed è distinto da quello di manutenzione dei presidi antincendio.

L'Azienda Ospedaliera Policlinico Umberto I° ha acquisito i servizi di manutenzione all'esito di una procedura distinta da quella in questione, aderendo alla convenzione CONSIP, ed affidando il servizio ad una diversa società sulla base di un Capitolato Tecnico che individua tale attività, descrivendola come diretta al mantenimento in buono stato dei dispositivi antincendio, attività ben distinta da quella relativa alla vigilanza antincendio.

Le due attività – quelle di vigilanza e di manutenzione – hanno anche codici diversi in base all'Allegato 1 al Regolamento (CE) n. 2195/2002, perché attengono a diversa divisione e gruppo essendo relativi a differenti servizi (la prima CPV75250000 "servizi di sicurezza" e "servizi dei vigili del fuoco e di salvataggio" e la seconda CPV 50413200-5 "servizi di riparazione e manutenzione impianti antincendio").

12.3 - Sebbene la distinzione tra la vigilanza antincendio e la manutenzione dei presidi antincendio sia chiara agli operatori di settore, nondimeno l'impresa Gielle ha formulato apposito quesito alla S.A. prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, chiedendo se il fatturato conseguito per lo svolgimento dell'attività di manutenzione antincendio potesse essere utilizzato ai fini del possesso del requisito relativo al fatturato specifico, ricevendo in data 4 settembre 2015 la chiara risposta secondo cui i servizi riconducibili al fatturato specifico dovevano intendersi esclusivamente quelli di sorveglianza e prevenzione incendi, poiché "il settore cui afferisce l'appalto non è quello delle manutenzioni ordinarie e straordinarie, o del controllo e verifica di impianti antincendio, ma quello della sorveglianza antincendio. Pertanto il fatturato ricadente nella fattispecie delle manutenzioni degli impianti antincendio non può essere considerato utile ai fine del soddisfacimento del requisito di cui all'art. 1.5 lett. F, secondo punto, che prevede invece attività specifica di sorveglianza e prevenzione incendi".

12.4 - Tale chiarimento, a giudizio del Collegio, non modifica né integra il contenuto della clausola contenuta nel disciplinare di gara, ma si limita a ribadire – in modo chiaro – ciò che già emergeva dalla lettura del disciplinare di gara: in ogni caso, ove avesse effettivamente innovato la *lex specialis* di gara (come sostenuto dall'appellante), avrebbe dovuto essere specificatamente impugnato.

E' del tutto evidente che se per il comune cittadino i due concetti di vigilanza e di manutenzione degli impianti antincendio potrebbero apparire se non proprio interscambiabili, quanto meno interconnessi, nel caso di operatori professionali ciò non può ritenersi possibile, in quanto si tratta di attività rientranti in settori ben distinti, che si svolgono secondo modalità differenti e che richiedono diverse professionalità.

Ne consegue che già dalla pubblicazione della *lex specialis* di gara, e soprattutto dopo il

chiarimento n. 12 fornito dalla S.A., la società appellante era a conoscenza dell'impossibilità di utilizzare il fatturato conseguito nello svolgimento dell'attività di manutenzione, il che implica che – ove avesse ritenuto illegittima la clausola introdotta dalla stazione appaltante – avrebbe dovuto provvedere alla sua tempestiva impugnazione.

Qualora, invece, a seguito dei chiarimenti forniti il 4 settembre 2015, la clausola fosse stata effettivamente integrata e modificata, nel senso di non rendere computabile il fatturato conseguito nello svolgimento dell'attività di manutenzione antincendi, avrebbe dovuto essere impugnata, in quanto direttamente lesiva (cfr. Cons. Stato, Sez. Terza 1° febbraio 2017, n. 431), non potendo pretendersi di impugnarla o di chiederne la declaratoria di nullità unitamente al provvedimento di esclusione.

Ne consegue che, correttamente il primo giudice ha ritenuto che l'esclusione discendesse non dall'interpretazione della clausola operata dalla stazione appaltante, bensì dal suo tenore originario, confermato in sede di chiarimenti, e dunque per la carenza originaria del requisito di partecipazione alla gara, con conseguente inammissibilità del ricorso.

13. - E' opportuno rilevare che l'atto di appello è incentrato esclusivamente sull'interpretazione della clausola, e non contiene censure in merito alle valutazioni compiute dalla S.A. in merito ai singoli contratti eseguiti nel triennio precedente dall'impresa Gielle, al fine di dimostrare che afferissero all'attività di prevenzione antincendio, questione esaminata nella relazione tecnica prodotta in giudizio dalla stessa appellante, e richiamata anche nella memoria dalla stessa società del 24 aprile 2017: tali doglianze si appalesano, quindi, inammissibili.

Ad ogni buon conto, per completezza espositiva, ritiene il Collegio di dover esaminare anche tali censure.

14. - Risulta pienamente condivisibile quanto rilevato dalla difesa dell'Azienda Ospedaliera nella memoria di replica: la documentazione proveniente dalla Turchia è stata stralciata dalla Commissione di gara in quanto redatta in lingua straniera, non munita di traduzione giurata e certificata e comunque inidonea a dimostrare in quale specifico ambito di attività fosse stata svolta.

Tale documentazione era quindi inidonea a provare il possesso del requisito.

14.1 - Quanto alla certificazione resa dalla ASL Napoli2 Nord in data 5/5/2016, è sufficiente rilevare che con essa la stazione appaltante ha precisato che il contratto afferiva alla manutenzione centralizzata dei presidi antincendio, specificando che tale attività riguardava quella di "sorveglianza/controllo previste dalla norme del settore e consisteva in una misura di prevenzione incendi atta a controllare, con costante e particolare attenzione, gli impianti ed i presidi antincendio diretta a conservare e mantenere il livello di protezione contro il rischio di incendi che è parte integrante del settore della vigilanza e prevenzione incendi": tale certificazione – oltre ad essere generica, e quindi non idonea a provare che la prestazione fornita fosse totalmente riconducibile allo specifico settore oggetto della gara in questione - è stata comunque rilasciata in data successiva al provvedimento.

14.2 - La non computabilità (anche parziale) di tali contratti, ai fini del possesso del requisito di partecipazione, rende inutile – in applicazione della prova di resistenza – la disamina delle ulteriori certificazioni.

15. - Quanto alla dedotta nullità della clausola, è sufficiente rilevare che la declaratoria di nullità si riferisce a clausole del bando che impongono adempimenti formali e non può quindi riguardare prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara che attengono ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica (cfr. Cons. Stato, Sez. Terza, 1° luglio 2015, n. 3275): la giurisprudenza amministrativa ha sempre riconosciuto alla stazione appaltante un margine apprezzabile di discrezionalità nel richiedere tali requisiti anche se più severi rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto della proporzionalità e ragionevolezza e nel limite della continenza e non estraneità rispetto all'oggetto della gara (*ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. V, 4 gennaio 2017, n. 9; Cons. Stato, V, 8 settembre 2008, n. 3083; VI, 23 luglio 2008, n. 3655).

Tale esercizio della discrezionalità è stato ritenuto, dunque, compatibile con i principi della massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione delle prestazioni e servizi, purché i requisiti richiesti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e la loro applicazione più rigorosa si correli a circostanze debitamente giustificate.

Nel caso di specie, la scelta della stazione appaltante di richiedere come requisito di partecipazione il possesso del solo fatturato specifico, non appare affetta da palese illogicità, irragionevolezza e difetto di proporzionalità.

16. - Infine non sussistono i presupposti per il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, in quanto non vi è incompatibilità tra le disposizioni della normativa europea (art. 47 della direttiva 2004/18) e quella nazionale (art. 41 del D.Lgs. 163/06) tenuto conto che entrambe consentono l'individuazione del requisito di capacità economica e finanziaria facendo riferimento al "fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto" (la direttiva) ovvero all'importo relativo ai servizi nel settore oggetto di gara (l'art. 41 del vecchio codice degli appalti).

Inoltre, neppure l'interpretazione della norma nazionale fornita dalla stazione appaltante si appalesa contraria alla norma eurounitaria, in quanto, come già rilevato, i due servizi (vigilanza antincendio e manutenzione antincendio) non attengono al medesimo settore di attività e quindi, legittimamente la stazione appaltante ha ritenuto di non poter valutare come requisito di qualificazione il fatturato conseguito in un ambito di attività differente.

17. - Vanno dunque respinti i primi due motivi di appello, e conseguentemente la sentenza va confermata nella parte in cui ha dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado.

18. - Con il terzo motivo di appello l'appellante censura, invece, il capo di sentenza relativo alla sua condanna alle spese.

La doglianza è fondata.

Devono richiamarsi a questo proposito i principi espressi dalla Sezione in una fattispecie simile (cfr. Cons. Stato, Sez. Terza, 3 novembre 2016, n. 4612), nella quale ha innanzitutto

precisato che la questione relativa all'individuazione del valore della controversia ai fini della liquidazione delle spese di giudizio relative al primo grado, non investe l'individuazione del valore della controversia né in relazione all'art. 29 del D.Lgs. 163/06, né ai fini del pagamento del contributo unificato.

Ha quindi precisato che per l'individuazione del valore della controversia occorre deve tener conto di quanto stabilito nel D.M. 10 marzo 2014 n. 55, contenente il "Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247", ed in particolare, di quanto previsto negli artt. 4 e 5 del predetto decreto.

L'art. 5, comma 2 del citato decreto stabilisce che: "Nella liquidazione dei compensi a carico del cliente si ha riguardo al valore corrispondente all'entità della domanda. Si ha riguardo al valore effettivo della controversia quando risulta manifestamente diverso da quello presunto anche in relazione agli interessi perseguiti dalle parti".

Il successivo comma 3, ultimo periodo, dispone che: "In relazione alle controversie in materia di pubblici contratti, l'interesse sostanziale perseguito dal cliente privato è rapportato all'utile effettivo o ai profitti attesi dal soggetto aggiudicatario o dal soggetto escluso".

Ne consegue che per la commisurazione delle spese di lite occorre tener conto di dette specifiche disposizioni.

Il primo giudice ha liquidato le spese di lite in € 25.000,00, somma ritenuta abnorme dall'appellante in mancanza dei presupposti della lite temeraria, della prova del danno così rilevante per le parti avverse, e comunque contrastante con i principi consolidati della giurisprudenza.

Nel caso di specie, la sentenza di primo grado nella parte dispositiva che ha dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado è stata confermata.

E' stato però proposto specifico motivo di appello avverso il capo di sentenza che ha regolato le spese di giudizio, il che implica la possibilità per il giudice di secondo grado di pronunciarsi su detto motivo.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza "la sindacabilità in appello della condanna alle spese di lite comminata dal primo giudice, in quanto espressiva della discrezionalità di cui dispone il giudice in ogni fase del processo, è limitata solo all'ipotesi in cui venga modificata la decisione principale, salvo la manifesta abnormità" (cfr. ex multis, Cons. Stato Sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4808): nel caso di specie, ricorre l'ipotesi della manifesta abnormità, poiché l'importo è stato calcolato erroneamente sul valore dell'appalto fissato ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 163/06, non tenendo conto della specifica disposizione recata dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 del D.M. n. 55/2014.

La statuizione del primo giudice sulla condanna alle spese di lite deve essere quindi riformata nella sola parte relativa all'importo liquidato, in quanto sussistendo la soccombenza

dell'impresa Gielle quanto ai profili di merito, le spese sono state poste correttamente a suo carico.

Per quanto attiene all'importo da liquidarsi per il primo grado di giudizio, non essendo facilmente determinabile l'effettivo utile, ritiene il Collegio di dover liquidare l'importo in via forfettaria secondo la prassi seguita dalla Sezione, così come stabilito nel dispositivo.

19. - Le spese del grado di appello possono essere compensate, tenendo conto della soccombenza reciproca delle parti e, in ogni caso, della particolare complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

- respinge in parte l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado nella parte in cui ha dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado;
- accoglie l'appello limitatamente al solo capo di sentenza che ha liquidato le spese del giudizio di primo grado, confermando per il resto la sentenza impugnata;
- per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, ridetermina in euro ottomila la misura delle spese del giudizio dinanzi al TAR poste a carico della ricorrente, soccombente in primo grado, società Gielle;
- compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Guida alla lettura

Nell'ambito di una procedura per l'affidamento del servizio di sorveglianza e prevenzione incendi venivano ammessi a partecipare alla gara, a pena di esclusione, i soli operatori economici che, nel triennio precedente alla pubblicazione del bando, avessero conseguito un fatturato specifico superiore ad una certa soglia.

Prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, l'impresa Gielle chiedeva all'amministrazione di specificare la portata del suddetto requisito chiarendo, in particolare, se per il calcolo del fatturato specifico fosse possibile computare anche il fatturato conseguito con riferimento al servizio di manutenzione di impianti antincendio. L'amministrazione chiariva che tale fatturato non poteva essere utilmente computato per comprovare la capacità economico-finanziaria ad eseguire l'appalto, trattandosi di attività estranea all'oggetto del contratto da affidare. Il fatturato specifico è, infatti, quello che si riferisce esclusivamente al

settore oggetto della procedura di affidamento

Ignorando il chiarimento fornito, proprio l'impresa Gielle decideva di comprovare il possesso del requisito relativo al fatturato specifico anche mediante il fatturato relativo all'attività di manutenzione di impianti.

Poiché, tuttavia, il fatturato relativo alle sole attività di sorveglianza e prevenzione incendi oggetto di appalto (quello, appunto, specifico) era inferiore alla soglia richiesta per essere ammessi alla gara, essa veniva esclusa dalla procedura.

Così ricostruiti, nei suoi tratti essenziali, i termini della vicenda, con la sentenza in commento il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi su un duplice ordine di questioni.

La prima è quella relativa alla natura immediatamente escludente della clausola sul possesso del fatturato specifico - anche alla luce del chiarimento fornito dalla stazione appaltante - che ne avrebbe giustificato, così come rilevato dal giudice di primo grado, l'immediata impugnazione, con conseguente inammissibilità del ricorso proposto avverso il provvedimento di esclusione.

Ad avviso del Consiglio di Stato, la soluzione della questione passa attraverso l'interpretazione delle clausole controversa, valutando se il tenore testuale della legge di gara fosse tale da consentire all'operatore economico di sapere sin dal momento della pubblicazione del bando che sarebbe stato escluso dalla procedura qualora avesse comprovato il possesso del requisito del fatturato specifico, servendosi anche del fatturato conseguito nello svolgimento dell'attività di manutenzione, dovendo e potendo conoscere l'estraneità di tale attività rispetto all'oggetto dell'appalto.

L'interpretazione degli atti di gara, come chiarito dalla giurisprudenza, soggiace alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss. c.c., tra cui ha carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale. Infatti, un corretto rapporto tra la P.A. ed il privato, rispettoso dei principi di imparzialità e di buon andamento, nonché del dovere di buona fede delle parti nello svolgimento delle trattative (art. 1337 c.c.), impone di dare una lettura della *lex specialis* idonea a tutelare l'affidamento degli interessati, interpretandola per ciò che essa dice espressamente e dispensando il concorrente dal ricostruire, con indagini ermeneutiche integrative, ulteriori ed inespressi significati (Cons. Stato., Sez. V, 22 settembre 2015, n. 4430). Il significato da attribuire ad una disposizione della legge di gara è, dunque, quello che il destinatario può ragionevolmente intendere dal dato letterale (Cons. Stato., Sez. V, 9 ottobre 2015, n. 4684; id., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364; Tar Sardegna, Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 136) con l'ovvia conseguenza che, ove il dato testuale presenti evidenti ambiguità, dovrà essere scelto dall'interprete il significato più favorevole all'ammissione del candidato (Tar Venezia, 20 ottobre 2016, n. 1163).

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la lettura congiunta di tutti gli atti di gara confermasse inequivocabilmente che l'attività di manutenzione non fosse ricompresa nell'oggetto dell'appalto e che, dunque, il fatturato ad essa relativo non poteva essere utilizzato ai fini del computo del fatturato specifico. Non vi era, dunque, alcuna ambiguità nella

redazione della legge di gara che potesse giustificare il legittimo affidamento riposto dal concorrente sulla possibilità di avvalersi, per essere ammesso alla gara, del fatturato conseguito per l'attività di manutenzione, tanto più ove si consideri che la distinzione tra l'attività manutentiva degli impianti antincendio e quella di prevenzione e sorveglianza incendi è ben nota agli operatori qualificati che, come l'impresa Gielle, operano nel settore.

In tale contesto, il chiarimento fornito dalla stazione appaltante ha natura meramente esplicativa di quanto già emergeva agevolmente dalla legge di gara (e non innovativa della stessa, come eccepito dalla società ricorrente).

A tal riguardo, richiamando una recente sentenza della stessa Sezione Terza, il Consiglio di Stato ha evidenziato che, a prescindere dalla natura ricognitiva od innovativa del suddetto chiarimento (e dalla questione relativa alla legittimità di tale seconda forma di chiarimento), ciò che rileva è che il contenuto dello stesso avesse un'immediata portata lesiva, individuando (anche a voler ammettere che ciò non fosse già di per sé desumibile dalla legge di gara) un requisito di cui proprio il concorrente che aveva chiesto il chiarimento era sprovvisto. Pertanto, a prescindere dall'immediata impugnabilità del bando, il concorrente avrebbe avuto in ogni caso l'onere di impugnare immediatamente quanto meno il chiarimento senza posticiparne l'impugnazione unitamente al provvedimento di esclusione (Cons. Stato, Sez. III, 1 febbraio 2017, n. 431).

Sulla scorta delle argomentazioni che precedono, è stata confermata l'inammissibilità del ricorso proposto avverso l'esclusione dalla procedura, tenuto conto che il concorrente avrebbe dovuto immediatamente impugnare la clausola della legge di gara sul fatturato specifico - o, in ogni caso, il chiarimento con cui la stazione appaltante ha spiegato la portata applicativa di tale clausola in senso pregiudizievole al ricorrente - in quanto, prevedendo un requisito di ammissione di cui il concorrente era privo, risultava direttamente lesiva dell'interesse dello stesso a partecipare utilmente alla procedura.

La seconda delle questioni affrontate con la pronuncia in esame, è quella della nullità della clausola sul fatturato specifico per violazione del principio sulla tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 *bis* del d.lgs. n. 163/2006. Anche sotto tale profilo, confermando quanto già rilevato in primo grado, l'appello è stato respinto.

Ed infatti, se la finalità ed il fondamento giustificativo del principio di tassatività delle cause di esclusione è quello di assicurare il rispetto dei principi di massima partecipazione e di concorrenza nelle procedure di gara, evitando esclusioni disposte in conseguenza della violazione di prescrizioni meramente formali, il principio non può essere invocato per privare la stazione appaltante della facoltà di richiedere alle imprese che partecipano alla gara requisiti più rigorosi, rispetto a quelli normalmente previsti per comprovare la capacità di eseguire l'appalto. In base all'art. 74, comma 5 del d.lgs. n.163/2006 le stazioni appaltanti possono, infatti, richiedere nei bandi *"(...) gli altri elementi e documenti necessari o utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta"*. L'amministrazione, dunque, nell'esercizio della propria discrezionalità - purché agisca nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza - può richiedere il possesso di requisiti di capacità più rigorosi tutte le volte in cui ciò sia funzionale alla scelta del miglior offerente.

Ne consegue che la clausola del bando di gara che prevede un requisito di capacità tecnica o economica più rigoroso e superiore non può essere di per sé dichiarata nulla per violazione del principio di tassatività della cause di esclusione, ma può essere dichiarata illegittima, per violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, solo ove la scelta di richiedere requisiti più stringenti appaia abnorme e discriminatoria, in quanto non correlata in alcun modo alla necessità di garantire, attraverso la selezione del miglior offerente, la corretta esecuzione dell'appalto da aggiudicare, irragionevolezza che, tuttavia, il Consiglio di Stato ha ritenuto non sussistere nel caso di specie.