

Consiglio di Stato, sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7206 del 2007, proposto dalla Società O.L. - Agenzia per il Lavoro s.p.a. - in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. M.B. domiciliato in Roma, via A. B. n. 26/b ;

CONTRO

L'impresa A.I. s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. G.F., A.P. e S.P., domiciliata in Roma, via di S.B. n. 72;
il Comune di A., in persona del sindaco pro tempore, non costituito in appello;

per la riforma

della sentenza del TAR Sardegna 20/07/2007 n. 1674;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

Esaminate le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 28 ottobre 2008 il Consigliere Aldo Fera;

Udito per la parte appellante l'avv. U. per delega dell'avv. B., come indicato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Oggetto dell'appello, proposto dalla Società O.L. - Agenzia per il Lavoro s.p.a., è la sentenza specificata in rubrica, con la quale il TAR per la Sardegna ha accolto il ricorso proposto dalle imprese A.I. s.p.a. e V. s.p.a., per l'annullamento del provvedimento con cui il Comune di A. ha aggiudicato all'attuale appellante il servizio concernente la somministrazione di lavoro temporaneo, nonché dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica contenuti nella lettera d'invito 27/11/2006 n.° 0070841 e nel disciplinare di gara.

Il primo giudice ha ritenuto fondata la censura di illegittimità del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede che una consistente porzione del punteggio attribuibile per le caratteristiche tecnico qualitative dell'offerta - 20 punti su 50 - debba essere assegnata in considerazione della *"capacità professionale e specializzazione dell'Agenzia"*: nello specifico, 10 punti in ragione del fatturato realizzato nell'ultimo triennio nei confronti di pubbliche amministrazioni e altri 10 punti in ragione del rapporto tra detto fatturato ed il fatturato globalmente realizzato nel medesimo periodo. La sentenza, dopo aver richiamato la giurisprudenza in tema di commistione tra elementi soggettivi di qualificazione del concorrente ed elementi oggettivi attinenti alla qualità dell'offerta, ha osservato come nel caso di specie *" l'amministrazione ha attribuito un illegittimo rilievo ad elementi che nulla hanno a che vedere con il valore intrinseco dell'offerta."*

L'appellante, che contesta le motivazioni contenute nella sentenza, ripropone, in via preliminare le eccezioni di inammissibilità del ricorso disattese dal primo giudice, sostenendo:

1. l'insindacabilità delle decisioni discrezionali dell'Amministrazione nel definire i criteri di aggiudicazione;
2. l'acquiescenza prestata nei confronti delle norme di gara che la ricorrente aveva accettato con il solo partecipare ad essa.

Nel merito prospetta i seguenti motivi d'appello:

3. il contratto di somministrazione di lavoro subordinato non rientra né nell'ambito delle direttive comunitarie (art. 16 della direttiva n. 18 del 2004) né del codice dei contratti pubblici (art. 19 D.L.vo. n. 163 del 2006);

4. comunque, nella specie, non è illegittimo prevedere, tra gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica, criteri correlati alla pregressa esperienza maturata dai concorrenti, specie se provata dall'attestazione della relativa Amministrazione del buon esito del servizio.

Conclude quindi chiedendo, in riforma della sentenza appellata, il rigetto del ricorso di primo grado.

E' costituita in giudizio l'impresa A.I., che controbatte le tesi avversarie e conclude per il rigetto dell'appello.

DIRITTO

1. Oggetto dell'appello è la sentenza di cui all'epigrafe, con la quale il Tar per la Sardegna, in accoglimento del ricorso proposto dalle imprese A.I. s.p.a. e V. s.p.a., ha annullato il procedimento di gara per l'affidamento del servizio concernente la somministrazione di lavoro temporaneo aggiudicato dal Comune di A. alla Società O.L.- Agenzia per il Lavoro s.p.a., avendo ritenuto illegittimo il criterio di valutazione dell'offerta tecnica che assegnava 20 punti, su 50 complessivi, alla *"capacità professionale e specializzazione dell'Agenzia"*: in particolare, 10 punti in ragione del fatturato realizzato nell'ultimo triennio nei confronti di pubbliche amministrazioni e altri 10 punti in ragione del rapporto tra detto fatturato ed il fatturato globalmente realizzato nel medesimo periodo.

2. L'appello, proposto dalla O.L. è infondato.

2.1 In via preliminare, l'appellante ripropone due eccezioni di inammissibilità disattese dal primo giudice. Con la prima sostiene che il primo motivo (ritenuto fondato dal Tar) non poteva essere esaminato perché la scelta dei criteri di valutazione delle offerte è di natura discrezionale e, per tale ragione, sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo. Con la seconda, afferma che, con il solo fatto di partecipare alla procedura negoziata, la ricorrente di primo grado aveva prestato acquiescenza sia al tipo di procedura scelta che ai criteri di valutazione delle offerte.

Entrambe le eccezioni non hanno pregio.

Quanto alla prima, la stessa giurisprudenza richiamata dall'appellante, secondo la quale le scelte operate dall'amministrazione aggiudicatrice in materia di predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica sono *" ampiamente discrezionali"*, sottraendosi così *" al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano ictu oculi manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie, sproporzionate illogiche e contraddittorie"* (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 8 giugno 2007, n. 3103), non sta a significare che esiste al riguardo un'area franca dal controllo giurisdizionale, ma solo che il giudice amministrativo, nell'esercizio della giurisdizione di legittimità, non può sostituire le proprie scelte discrezionali a quelle dell'amministrazione. In altri termini, se pur è vero l'ambito del controllo giurisdizionale in detta materia non può essere esteso al merito amministrativo, ciò non vuol dire che le scelte effettuate dall'amministrazione siano sottratte anche al controllo di legittimità, cioè alla verifica che le medesime siano conformi alle norme ed ai principi che regolano l'esercizio della discrezionalità e che non siano il frutto di valutazioni macroscopicamente incoerenti o irragionevoli, così da comportare un vizio della funzione.

Ed è questo il caso di cui qui ci si occupa, in quanto, stando alla prospettazione del ricorrente di primo grado, la scelta di comprendere tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica anche la *"capacità professionale e specializzazione "* dell'offerente espressa in termini di fatturato triennale, viola uno dei principi cardine, elaborato

dalla giurisprudenza sia nazionale che comunitaria, che regola la materia. E non v'è dubbio che entro questi limiti la controversia rientra nell'ambito della giurisdizione di legittimità poiché si tratta di stabilire se la scelta operata in concreto dall'amministrazione rientri o meno nell'ambito delle scelte consentite dall'ordinamento.

Quanto alla seconda, a parte che " non è configurabile una rinuncia preventiva alla tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo, effettuata prima della lesione di quest'ultimo, ossia nel momento in cui, non essendo ancora attuale la lesione stessa, lo strumento di tutela non è ancora azionabile" (Consiglio Stato , sez. V, 14 novembre 2006 , n. 6678), sta per certo che "la presentazione della domanda di partecipazione alla procedura concorsuale indetta per l'aggiudicazione di un contratto con la p.a. non comporta acquiescenza al bando di gara, trattandosi di atto necessario per radicare l'interesse al ricorso." (Consiglio Stato , sez. V, 23 gennaio 2006 , n. 206). E che nel caso di specie si tratti di una procedura concorsuale di scelta del contraente non v'è dubbio, posto che l'amministrazione ha indetto a tal fine una apposita gara, specificando per di più all'art. 4 del disciplinare che il servizio sarebbe stato aggiudicato, in base al criterio di cui all'art. 83 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n°163, a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3. Nel merito, l'infondatezza del ricorso di primo grado viene prospettata sulla base di due differenti considerazioni tra loro correlate: con la prima si sostiene che il contratto di somministrazione di lavoro subordinato non rientra nell'ambito né delle direttive comunitarie (art. 16 della direttiva n. 18 del 2004) né del codice dei contratti pubblici (art. 19 D.L.vo n. 163 del 2006); con il secondo che, comunque, non è illegittimo prevedere, tra gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica, criteri correlati alla pregressa esperienza maturata dai concorrenti, tantopiù laddove venga prese in considerazione solo l'esperienza corredata dall'attestazione del buon esito del servizio.

Entrambe le censure vanno disattese.

Quanto alla prima, sia la direttiva comunitaria che il codice dei contratti pubblici (art. 19, comma 1 lett. e) D.L.vo n. 163 del 2006) si limitano ad escludere dall'ambito di applicazione della disciplina de qua i contratti pubblici "...concernenti contratti di lavoro". La norma recepisce in maniera pedissequa l'analoga statuizione contenuta nell'art. 16, comma 1 lett. E, della Direttiva 31 marzo 2004, n. 18/CE che appunto esclude "gli appalti pubblici di servizi...concernenti i contratti di lavoro". Ora, il puntuale riferimento al contratto di lavoro lascia intendere come l'ambito dell'esclusione debba essere circoscritto a prestazioni rivolte a favorire la stipulazione di atti negoziali costitutivi di un rapporto di lavoro tra l'amministrazione aggiudicatrice ed un prestatore d'opera. Ma non è questo il caso, giacchè l'istituto disciplinato dall'art. 20 del D.Lgs. 10-9-2003 n. 276 che rappresenta l'oggetto del servizio in questione, seppur prevede (comma 2) che "i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore", è caratterizzato proprio dal fatto che il contratto ed il rapporto di lavoro intercorrono (artt. 21 e 22) "tra somministratore e prestatore di lavoro ".

A parte ciò, nel caso di specie, anche ad ipotizzare l'esistenza, pur nell'ambito dei principi generali che regolano la materia contrattuale, di un'ampia discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice nel determinare le regole del confronto concorrenziale, sta per certo che tale discrezionalità è stata esercitata nel senso di richiamare il criterio di aggiudicazione stabilito dall'art. 83 del D.L.vo n. 163 del 2006 (art. 4 del disciplinare di gara). Il che comportava, ovviamente, il dover congegnare i criteri di valutazione dell'offerta in modo tale da rispettare i principi fondamentali che

regolano l'offerta economicamente più vantaggiosa; ciò per una insopprimibile esigenza logica, quella di evitare una incoerenza tra metodo e criteri.

Passando, quindi, alla sostanza della questione posta dalla difesa dell'amministrazione appellante, va ricordato come l'illegittimità della clausola del bando di gara, che opera una commistione tra requisiti di ammissione alla gara ed elementi valutabili in sede di esame dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è da tempo pacificamente affermata dalla giurisprudenza (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n. 3187).

Vale la pena di rammentare che, di recente, la Corte di giustizia CE ha ribadito come *"se è vero che, in quest'ultimo caso (l'offerta economicamente più vantaggiosa), i criteri che possono essere applicati dalle amministrazioni aggiudicatrici non sono tassativamente elencati all'art. 36, n. 1, della direttiva 92/50 e che tale disposizione lascia quindi alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta dei criteri ch'esse intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, ciò nondimeno tale scelta può riguardare soltanto criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa (v., in tale senso, in materia di appalti pubblici di lavori, sentenze Beentjes, cit., punto 19; 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC Construction, Racc. pag. I-7725, punti 35 e 36, e, in materia di appalti pubblici di servizi, sentenze 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland, Racc. pag. I-7213, punti 54 e 59, e 19 giugno 2003, causa C-315/01, GAT, Racc. pag. I-6351, punti 63 e 64).*

Di conseguenza, sono esclusi come "criteri di aggiudicazione" criteri che non siano diretti ad identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi.

Pertanto, occorre dichiarare che gli art. 23, n. 1, 32 e 36, n. 1, della direttiva 92/50 ostano a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto dell'esperienza degli offerenti, del loro personale e delle loro attrezzature nonché della capacità dei medesimi di effettuare l'appalto entro il termine previsto non come "criteri di selezione qualitativa", ma come "criteri di aggiudicazione." (Corte giustizia CE, sez. I, 24 gennaio 2008- nel procedimento C-532/06).

D'altro canto, anche a voler leggere tale principio in maniera più elastica, resta sempre fermo l'altro principio fondamentale che caratterizza la scelta dei criteri di aggiudicazione: secondo il quale *"i criteri devono, comunque, essere collegati all'oggetto dell'appalto, devono essere tali da non conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, devono essere adeguatamente pubblicizzati e devono rispettare il principio di non discriminazione."* (Corte giustizia CE, 17 settembre 2002, n. 513).

In tal senso, anche la giurisprudenza che ammette la facoltà della stazione appaltante di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo concernenti, cioè, la specifica attitudine del concorrente - anche sulla base di analoghe esperienze pregresse - a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara, è ferma nel ritenere *"ciò legittimo, nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano illuminare la qualità dell'offerta."* (Consiglio Stato, sez. VI, 09 giugno 2008, n. 2770).

E, di certo, non è questo il caso di specie, sia perché qui il fatturato degli ultimi tre esercizi, anche se accompagnato da certificati di buona esecuzione, ha un peso predominante nell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica (20 punti, su 50 complessivi) sia perché la prestazione (somministrazione di lavoro temporaneo) non evidenzia un servizio connotato da particolari conoscenze tecniche od organizzative nelle quali possa aver giocato un ruolo determinante la pregressa esperienza professionale.

Di contro, va detto il criterio di privilegiare nell'attribuzione del punteggio relativo all'offerta tecnica la quantità del fatturato pregresso rischia di operare come fattore limitativo della concorrenza sfavorendo, oltre il ragionevole, l'entrata nel mercato di nuovi imprenditori.

L'appello, pertanto, deve essere respinto .

Appare tuttavia equo compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, sezione V, respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 28 ottobre 2008, con l'intervento dei signori:

Stefano Baccharini	Presidente
Aldo Fera	Consigliere estensore
Filoreto D'Agostino	Consigliere
Vito Poli	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Aldo Fera	f.to Stefano Baccharini
IL SEGRETARIO	
f.to Maria Agata Vilardo	

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....16/02/2009.....

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

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi