

N. 01062/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00932/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 932 del 2011, proposto da:

Sarca Catering Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Innocenzo Gorlani,
Mario Gorlani, con domicilio eletto presso il loro studio in Brescia, Via
Romanino, 16;

contro

A.C.M. Azienda Comunale Manerbio, rappresentata e difesa dall'avv.
Alessandro Asaro, con domicilio eletto presso Alessandro Asaro in Brescia,
via Moretto, 31;

per l'annullamento

- DEL BANDO DI GARA D'APPALTO PER L'AFFIDAMENTO TRIENNALE DEL SERVIZIO DI RISTORAZIONE SCOLASTICA NELLE SCUOLE PRIMARIE;
- DEL DISCIPLINARE DI GARA, IN RELAZIONE AI REQUISITI ECONOMICO FINANZIARI E DEI CRITERI VALUTATIVI DELLA "QUALITA' TECNICO-PROFESSIONALE DEL SERVIZIO";

- DEL CAPITOLATO E DELLA DOMANDA DI PARTECIPAZIONE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.C.M. Azienda Comunale Manerbio;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2011 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Rilevato:

- che la natura di atto intermedio dell'atto di esclusione non elide l'interesse ad una sua impugnazione immediata;

- che infatti lo stesso è idoneo a produrre un arresto procedimentale definitivo ed irreversibile, capace di frustrare l'aspirazione dell'istante al soddisfacimento dell'interesse pretensivo prospettato (di concorrere nella selezione per giocarsi le chance di aggiudicazione);

- che, sotto altro profilo, ai sensi dell'indirizzo giurisprudenziale tradizionale, in caso di impugnativa di bandi di gara e di concorso non sono individuabili controinteressati in senso tecnico, per la loro natura giuridica di provvedimenti amministrativi che non hanno destinatari determinati (T.A.R. Sardegna, I – 11/7/2008 n. 1367; T.A.R. Campania Napoli, sez. V – 3/3/2011 n. 1300);

- che in effetti, ove il procedimento di gara non sia concluso, anche il giudizio avente ad oggetto un'esclusione legittimamente prosegue tra le imprese escluse e la stazione appaltante, non essendovi ancora un soggetto controinteressato (Consiglio di Stato, sez. V – 13/5/2011 n. 2895);

Atteso:

- che, secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale, quando la

partecipazione alla procedura è preclusa dallo stesso bando, come nel caso di specie, sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione a prescindere dalla mancata presentazione della domanda, che si risolverebbe in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di esclusione, con un risultato analogo a quello di un'originaria preclusione e perciò privo di un'effettiva utilità pratica (Consiglio di Stato, sez. V – 9/4/2010 n. 1999; sez. V – 8/8/2005 n. 4207 e 4208; T.A.R. Molise – 6/11/2009 n. 700; si veda anche Consiglio di Stato, sez. IV – 23/3/2010 n. 1705);

- che è eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso contro tali specifiche, debba presentare un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche (Corte di Giustizia C.E. decisione 12/2/2004 – causa C-230/02, punto 29);

- che ad identica conclusione deve pervenirsi con riguardo alla previsione del sopralluogo obbligatorio, il cui compimento si sarebbe rivelato del tutto inutile per parte ricorrente;

Considerato:

- che, alla luce dei principi di derivazione comunitaria ed immanenti nell'ordinamento nazionale, di ragionevolezza e proporzionalità, nonché di apertura alla concorrenza degli appalti pubblici, il potere discrezionale della stazione appaltante di prescrivere adeguati requisiti 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;

- che detta funzione consiste nel delineare – attraverso l'individuazione di

specifici elementi sintomatici di capacità economica, finanziaria e tecnica – il profilo delle imprese che si presumono idonee a realizzare il programma contrattuale perseguito dall'amministrazione, ed a proseguire nel tempo l'attività appaltata in modo adeguato e flessibile (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III – 4/11/2010 n. 33181);

- che 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 – ulteriori e maggiormente selettivi rispetto a quelli stabiliti dalle norme – incontra il limite del rispetto del principio di proporzionalità e di ragionevolezza;

- che in tal modo i requisiti 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 – 12/10/2010 n. 2293);

- che nel caso di specie, tali limiti non sono rispettati, poiché, si richiede un fatturato specifico nel settore oggetto della gara pari a 4.500.000 € nell'ultimo triennio, oltre ad un contratto in corso e ad uno stipulato negli ultimi 3 anni nella ristorazione scolastica per un importo annuo medio di 400.000 €;

- che, in presenza di un importo a base d'asta di complessivi 532.305 €, dette prescrizioni – che esigono un fatturato nove volte superiore a quello oggetto di gara – sono eccessive ed ingiustificate, per la mancata correlazione con l'interesse pubblico specifico ad una particolare qualificazione delle imprese partecipanti;

- che la peculiarità del servizio, e la giusta aspirazione ad elevati standard di qualità ed efficienza, non giustifica né la previsione di un livello di fatturato del tutto sproporzionato, né la sua limitazione allo specifico settore di gara (ristorazione scolastica), quando è noto che i medesimi requisiti di esperienza e professionalità possono essere maturati in settori del tutto

affini o comunque sovrapponibili, come ad es. la ristorazione collettiva socio-sanitaria;

Tenuto conto:

- che, quanto all'esperienza pregressa, è vero che la recente giurisprudenza ammette che l'utilizzo di tale elemento come criterio (non esclusivo) di valutazione dell'offerta appare ragionevole, in quanto da un lato valorizza un indicatore di presumibile qualità del servizio che verrà prestato, e dall'altro consente di ampliare la concorrenza, non escludendo a priori quanti tale requisito non posseggano (cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II – 21/1/2011 n. 140);
- che tuttavia nella fattispecie la prescrizione è illogicamente stringente, poiché valorizza soltanto le Aziende che negli ultimi 5 anni hanno prestato il servizio entro un raggio di 15 Km.;
- che detta clausola è lesiva dei valori di concorrenza e parità di trattamento tra operatori economici e non è supportata da un interesse pubblico pregnante, dal momento che anche le imprese che operano in diversi contesti territoriali ben possono aver maturato esperienze significative e qualificanti;

Evidenziato:

- che, con riferimento alla certificazione di qualità, questo Tribunale ha già statuito che la stessa attiene a caratteristiche dell'organizzazione aziendale, cioè ad elementi che possono avere ricaduta diretta sulla qualità del servizio offerto;
- che mediante le certificazioni di qualità la stazione appaltante acquisisce ulteriori elementi per giudicare il contenuto dell'offerta e la presumibile qualità che in concreto il servizio potrà avere, e detta impostazione favorisce la partecipazione alla gara in quanto evita di sovradimensionare i requisiti di ammissione con elementi di tipo qualitativo (oltre alle certificazioni minime), i quali trovano invece adeguata collocazione

- all'interno dell'offerta come parte della proposta di organizzazione del servizio (T.A.R. Brescia – 15/11/2007 n. 1175);
- che, quanto all'attribuzione di punteggi diversi e tanto più elevati quanto maggiore è la anzianità di possesso della certificazione suddetta, il Collegio ritiene che la relativa prescrizione non sia illogica;
 - che infatti l'anzianità di possesso della certificazione di qualità ben può costituire un indicatore rilevante di serietà e di affidabilità di una Società nel tempo, caratteristiche queste assai significative specialmente se si tratta di prestare un servizio di durata (cfr. sentenza T.A.R. Brescia – 17/3/2008 n. 287);
 - che in definitiva il gravame è fondato e deve essere accolto nel senso evidenziato;
 - che l'eliminazione degli atti impugnati soddisfa integralmente la pretesa di parte ricorrente, e pertanto non è necessario esaminare la richiesta di risarcimento del danno per equivalente;
 - che le spese di giudizio seguono la soccombenza e possono essere liquidate come da dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Azienda Comunale Manerbio a corrispondere alla ricorrente la somma di 2.500 € a titolo di spese, competenze ed onorari di difesa, oltre ad oneri di legge;

Condanna altresì l'amministrazione soccombente a rifondere alla ricorrente le spese del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale che

provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2011
con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Primo Referendario

Stefano Tenca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/07/2011

IL SEGRETARIO

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