

Publicato il 11/05/2023

N. 01104/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00059/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 59 del 2023, proposto da Scriptorium Decore S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Mascioli, Annalisa Lanzarini e Paolo Creta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Università degli Studi Milano Bicocca, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio legale in Milano, Via Freguglia, 1;

per l'annullamento

del bando pubblicato in GU 5 Serie Speciale - Contratti Pubblici n.143 del 7 dicembre 2022 (e relativa richiesta di pubblicazione in GU del 29 novembre 2022) ed avente ad oggetto servizio di stampa diplomi di laurea, *post lauream* ed esami di stato, compresa fornitura dei relativi contenitori, nonché servizio accessorio di spedizione al domicilio degli studenti (Codice CPV principale 79810000-5); Valore totale stimato IVA esclusa: € 803.510,00; Criteri di aggiudicazione: prezzo più basso, di cui all'art. 95, c. 4, lett. b), D.lgs. 50/16,

trattandosi di servizi e forniture con caratteristiche standardizzate; Durata in mesi 60;

- di ogni altro atto o provvedimento presupposto, antecedente, conseguente o comunque connesso con quello impugnato ed in particolare, ancorché non noti alla ricorrente, come ad esempio gli atti di gara che abbiano nel frattempo assegnato e/o stipulato la fornitura rispetto ai quali ci si riserva già fin da ora la proposizione di motivi aggiunti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi Milano Bicocca;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2023 la dott.ssa Katuscia Papi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 7 dicembre 2022, e sulla Gazzetta dell'Unione Europea il 30 novembre 2022, l'Università degli Studi di Milano Bicocca indiceva una gara per l'affidamento del servizio di stampa dei diplomi di laurea, *post lauream* e degli esami di stato, compresa la fornitura dei relativi contenitori, nonché il servizio accessorio di spedizione al domicilio degli studenti, per 5 anni. Il valore a base d'asta era individuato in €. 803.510,00; il criterio di aggiudicazione era quello del minor prezzo, trattandosi di servizi e forniture standardizzati.

La pubblicazione del bando era stata richiesta il 25 novembre 2022; il disciplinare di gara veniva protocollato il successivo 30 novembre 2022.

Il bando stabiliva, al punto 1.2, che le richieste di chiarimenti avrebbero dovuto essere inoltrate entro il 6 dicembre 2022, ovvero un giorno prima della pubblicazione del documento in Gazzetta ufficiale. Era inoltre previsto

un termine di quindici giorni per la presentazione delle domande di partecipazione.

Al punto 6 del disciplinare di gara venivano invece individuati i «*Requisiti speciali e mezzi di prova*». La disposizione stabiliva che: «*I concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei requisiti previsti nei commi seguenti [...] 6.2 Requisiti di capacità tecnica e professionale ex art. 83 c.1 lett c. - a) Il concorrente deve aver eseguito nei tre anni precedenti alla data di pubblicazione del bando uno o più servizi aventi ad oggetto la stampa di dati variabili su supporto avente caratteristiche anticounterfeiting, per un importo complessivo pari almeno a quello della base d'asta. La comprova del requisito*, è fornita secondo le disposizioni di cui all'art. 86 e all'allegato XVII, parte II, del Codice, mediante elenco delle forniture effettuate negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati. b) essere in possesso delle seguenti certificazioni: • ISO/IEC 27001:2013 (ISO 27001) • ISO 9001:2015 • UNI EN ISO 14001:2015 • UNI EN ISO 45001:2018 La comprova del requisito* è fornita mediante esibizione della copia conforme della relativa certificazione*».

2. La società ricorrente, operatore economico attivo nel settore di riferimento dell'appalto, non presentava domanda di partecipazione alla gara.

3. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, la Scriptorium Decore S.r.l. impugnava il bando, e tutti gli atti indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, per i seguenti motivi:

I) «*Eccesso di potere per falso presupposto di fatto e di diritto; Contraddittorietà e illogicità manifesta; violazione art. 60 codice appalti*» con cui si evidenziava la contraddittorietà nella sequenza delle date di protocollazione del disciplinare e di richiesta di pubblicazione del bando; l'illegittimità del termine per la richiesta di chiarimenti (antecedente alla pubblicazione) e la ritenuta eccessiva brevità del termine per la presentazione della domanda (15 giorni); dette circostanze, a parere della società attrice, avrebbero natura immediatamente escludente, in quanto idonee a impedire la partecipazione alla gara;

II) «*Eccesso di potere per falso presupposto di fatto e di diritto; Contraddittorietà e illogicità manifesta; violazione art. 83 codice appalti*», ove si poneva in rilievo come anche il punto 6.2 del disciplinare contenesse illegittimi elementi escludenti. Da un lato, invero, la richiesta di avvenuta esecuzione, nei tre anni precedenti alla gara, di servizi analoghi di importo minimo pari alla base d'asta, risulterebbe eccessivamente restrittiva della platea dei partecipanti, e si porrebbe in contrasto con l'art. 83 comma 5 D. Lgs. 50/2016 (che impone di non superare, quanto al fatturato minimo richiesto, il doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso). Nel contempo, in considerazione della natura dichiaratamente standardizzata del servizio appaltato, veniva altresì dedotta l'irragionevolezza del numero eccessivo di certificazioni richieste, peraltro mai ritenute rilevanti dall'ateneo nelle precedenti edizioni della gara di appalto.

4. Si costituiva in giudizio l'Amministrazione che, in sede preliminare, sollevava eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ed interesse in capo all'operatore economico non partecipante all'appalto, in quanto le censure proposte non si sarebbero appuntate su clausole immediatamente escludenti.

Nel merito, l'Università deduceva l'infondatezza del gravame, rilevando che le circostanze di cui al primo motivo di ricorso non avrebbero costituito causa di illegittimità del bando. Riguardo ai profili contestati nel secondo motivo, si evidenziava invece come la richiesta di servizi analoghi per l'ultimo triennio sarebbe stata in linea con l'art. 83 comma 5 D. Lgs. 50/2016, poiché afferente alla capacità tecnica e non a quella finanziaria dell'impresa; quanto invece alle certificazioni, la relativa richiesta avrebbe costituito l'insindacabile esito dell'esercizio di un potere latamente discrezionale attribuito all'Amministrazione.

5. La domanda cautelare era trattata alla camera di consiglio del 27 gennaio 2023; con ordinanza n. 119/2023 veniva fissata, ai sensi dell'art. 55 comma 10 c.p.a., udienza pubblica di discussione.

Le parti depositavano memorie e documenti, a sostegno delle rispettive tesi difensive.

All'udienza pubblica del 27 aprile 2023 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, occorre valutare l'ammissibilità del ricorso, proposto da una società non partecipante alla gara che come tale, secondo la parte resistente, risulterebbe priva di interesse e legittimazione ad agire.

1.1. Orbene, costituisce ormai *ius receptum* il principio secondo cui l'operatore economico che non abbia preso parte alla procedura selettiva ha legittimazione ed interesse all'impugnazione del bando ove lo stesso contenga clausole escludenti, ovvero atte ad impedire la presentazione della domanda da parte dell'impresa, in termini oggettivi e dimostrati.

In proposito si è infatti affermato che: «*L'operatore del settore che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione*» (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 26 aprile 2018 n. 4). Quanto alle clausole immediatamente escludenti, invece, nella medesima occasione l'Adunanza Plenaria ha affermato che, in deroga al principio generale di impugnabilità della *lex specialis* da parte dei soli concorrenti presenti in gara, è consentita all'*extraneus* la proposizione dell'azione di annullamento quando «*si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti*» (Ad. Plen. 4/2018, cit.; ibidem, 29 gennaio 2003 n. 1).

È pertanto di centrale importanza individuare quali clausole possano ritenersi immediatamente escludenti: «*il nodo centrale da sciogliere, con il quale si è sinora confrontata la giurisprudenza nell'aspirazione di precisare con chiarezza quali siano gli oneri per le imprese, è consistito nella enucleazione dei casi in cui ci si trovi al cospetto di "clausole del bando immediatamente escludenti"*» (Ad. Plen. 4/2018 cit.; ibidem, 1/2003 cit.; ibidem, 25 febbraio 2014, n. 9).

La ricognizione all'uopo posta in essere dall'Adunanza Plenaria ha condotto a precisare che: *«Sul punto, può ben affermarsi che la giurisprudenza maggioritaria ha fornito una risposta "ampliativa" in quanto, giovandosi della "clausola di apertura" contenuta nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 29 gennaio 2003 n. 1 [...]: a) ha considerato "immediatamente escludenti", e quindi da impugnare immediatamente, (anche) clausole non afferenti ai requisiti soggettivi in quanto volte a fissare - restrittivamente, intesi - i requisiti di ammissione ma attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta [...].»* (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 26 aprile 2018, n. 4).

Hanno pertanto portata escludente, ai fini dell'indagine qui condotta, le clausole afferenti ai requisiti di ammissione alla gara, e quelle che disciplinano la formulazione dell'offerta in termini tali da renderne obiettivamente impossibile la presentazione.

1.2. Tanto premesso in via teorica, il Collegio ravvisa l'ammissibilità parziale del ricorso, risultando effettivamente idonee ad impedire la partecipazione dell'attrice alla gara le previsioni del disciplinare contenute nell'art. 6.2, che attengono ai requisiti di ammissione, imponendo l'intervenuta erogazione di servizi analoghi pregressi, e il possesso di certificazioni, che la Scriptorium Decore S.r.l. non può vantare, e in relazione alle quali, dunque, la partecipazione alla gara le è oggettivamente preclusa.

La carenza dei suddetti elementi viene affermata dalla parte ricorrente (che dava atto in sede di ricorso, in relazione alle suddette richieste, di non poter partecipare alla gara, dunque di non possedere i requisiti di cui evidenziava la portata escludente), e non era specificamente contestata dall'Amministrazione resistente; pertanto la circostanza (peraltro negativa) si ritiene provata ai sensi dell'art. 64 comma 2 c.p.a.

1.3. Il Collegio non ritiene, invece, che possa configurare una clausola escludente la tempistica di pubblicazione del bando, unitamente ai termini indicati per la richiesta di chiarimenti e per la presentazione della domanda.

La Scriptorium Decore S.r.l. ben avrebbe potuto, invero, ove in possesso dei presupposti richiesti (in termini estremamente chiari) dall'art. 6.2 del disciplinare di gara, presentare l'offerta (peraltro al massimo ribasso, e afferente ad un servizio standardizzato, come già in precedenza sottolineato) nei tempi dettati dalla *lex specialis*. Nessun concreto ed obiettivo elemento impeditivo viene in effetti allegato al riguardo. Il motivo per cui l'impresa attrice era impossibilitata a presentare la propria domanda non era invero costituito da difficoltà di ricostruzione del significato del bando, o dalla brevità del termine di partecipazione, bensì, come esplicitamente dichiarato dalla difesa di parte ricorrente, dalla mancanza dei requisiti indicati al punto 6.2 del disciplinare di gara. Le previsioni contestate al primo motivo di gravame non rivestono perciò obiettiva portata escludente.

1.4. In definitiva, con riferimento al primo motivo di gravame, il ricorso è inammissibile per carenza di legittimazione attiva, ed è invece ammissibile per il secondo motivo, che si procede pertanto a scrutinare nel merito.

2. Il Collegio ritiene che il secondo motivo di ricorso sia fondato in parte, come meglio di seguito precisato.

2.1. Viene in primo luogo esaminata la censura che riguarda la richiesta di plurime certificazioni di qualità, recata dal punto 6.2 del disciplinare di gara, alla lettera 'b', riportata al punto 1 della trattazione in fatto.

Come correttamente posto in rilievo dall'Amministrazione, la PA, nell'individuare i requisiti di partecipazione alla procedura di selezione del contraente, esercita un potere connotato da elevata discrezionalità.

Vi sono tuttavia dei limiti a detto potere, che il legislatore ha esplicitato nell'art. 83 D. Lgs. 50/2016. Dopo aver stabilito al primo comma che i criteri di selezione dell'operatore economico riguardano esclusivamente i requisiti di idoneità professionale (a), la capacità economica e finanziaria (b) e (c) le capacità tecniche e professionali, il secondo comma stabilisce espressamente che: «2. I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero

di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione. [...]». La discrezionalità della stazione appaltante deve pertanto essere esercitata nella piena osservanza del principio di proporzionalità e attinenza all'oggetto del contratto, e nel contempo dando attuazione al principio pro-concorrenziale di massima partecipazione. Ogni limitazione all'accesso deve conseguentemente trovare le proprie ragioni giustificative nelle caratteristiche specifiche del servizio oggetto del contratto, come individuate dall'Amministrazione.

Le scelte in tal modo poste in essere dalla PA sono dunque assoggettate al sindacato del GA, con riferimento (per quanto qui rileva) agli eventuali vizi di irragionevolezza ed illogicità manifesta, e all'inosservanza del richiamato art. 83 comma 2 D. Lgs. 50/2016.

In sintesi, e con particolare riferimento alla questione delle certificazioni di qualità aziendale oggetto della controversia decidenda, la giurisprudenza ha precisato, in termini pienamente condivisi dal Collegio, che in virtù dei criteri ermeneutici sopra enunciati l'Amministrazione è tenuta a richiedere le certificazioni obbligatorie per legge, mentre ulteriori certificazioni potranno essere indicate tra i requisiti di partecipazione solo ove ciò sia giustificato dall'oggetto del contratto: *«Anche al di fuori dei casi in cui è obbligatoria la produzione della certificazione di qualità (l'art. 40, d.lg. 163 del 2006 la prevede per gli esecutori di lavori pubblici), le stazioni appaltanti possono discrezionalmente richiederla, sicché la sua mancata produzione, rientrando, essa certificazione, tra i requisiti di carattere tecnico, porta legittimamente all'esclusione dalla gara; infatti la certificazione di qualità è preordinata ad assicurare, in funzione di garanzia qualitativa di un determinato livello di esecuzione dell'intero rapporto contrattuale, l'idoneità dell'impresa ad effettuare la prestazione secondo il livello medesimo, accertata da un organismo esterno qualificato (organismo di certificazione) e secondo parametri rigorosi definiti a livello europeo, mediante attestazione che il prodotto, processo produttivo o servizio, risulta conforme ai requisiti fissati da norme tecniche, garantendone la validità nel tempo attraverso adeguata attività di sorveglianza (auditing di impresa)»* (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 13 giugno 2011, n. 1464)

Nel caso di specie, a fronte dell'appalto di un servizio avente caratteristiche definite dalla stessa legge di gara come standardizzate, l'introduzione di cotante e siffatte certificazioni non obbligatorie, individuate al punto 6.2 del disciplinare quali requisiti di partecipazione alla procedura, ha l'effetto di restringere notevolmente la platea dei concorrenti (all'Ateneo perveniva una sola domanda), e dunque si pone in contrapposizione con il principio del *favor participationis*, senza che la scelta dell'Amministrazione risulti giustificata da eventuali peculiarità del servizio, e in modo tale da risultare non supportata da adeguata motivazione in termini di logica, ragionevolezza e proporzionalità.

Peraltro, pressoché tutti i bandi adottati da altri atenei per l'approvvigionamento di servizi simili, depositati dalla ricorrente il 30 marzo 2023, non prevedono le certificazioni prescritte dall'Università Milano Bicocca al richiamato punto 6.2, a riprova di come i requisiti individuati dall'odierna resistente siano tutt'altro che comuni nel settore merceologico di riferimento, e avrebbero dunque a maggior ragione abbisognato di una giustificazione basata sulle caratteristiche del servizio, che risulta del tutto assente negli atti della procedura di gara e appare in ogni caso di ardua configurazione, posta la natura dichiaratamente standardizzata della prestazione richiesta.

La doglianza esaminata è dunque fondata.

2.2. L'ulteriore argomento di censura, relativo ai servizi equivalenti nel triennio antecedente alla gara, non appare invece condivisibile.

Come correttamente sostenuto dalla parte resistente, invero, la disposizione qui contestata non richiede al concorrente il possesso di un fatturato minimo al fine di partecipare alla gara, bensì l'aver erogato, nel triennio antecedente, servizi analoghi a quello oggetto della procedura, caratterizzati da una consistenza equivalente alla base d'asta.

Non si è dunque di fronte a un requisito di carattere economico-finanziario, di cui all'art. 83 comma 1 lettera 'b' D. Lgs. 50/2016, sottoposto ai limiti di cui al comma 4 lettera 'a' e al comma 5 del medesimo articolo, ma di tipo

tecnico professionale, ai sensi dell'art. 83 comma 1 lettera 'c', cui la soglia invocata dalla ricorrente non è applicabile. In tal senso: *«Le disposizioni di cui agli artt. 83, commi 4 e 5, d.lg. n. 50/2016 e 86, comma 5 del medesimo d.lgs. distinguono nettamente la disciplina dei requisiti di capacità economica e finanziaria rispetto a quelli di capacità tecnica e professionale. Per i primi, l'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 prevede come parametro di riferimento il fatturato minimo annuo che non può essere di importo superiore al doppio del valore stimato dell'appalto e per la cui richiesta è previsto uno specifico onere motivazionale in capo alla Stazione appaltante. Anche per la prova dei requisiti di capacità tecnica e professionale il Codice consente di utilizzare il fatturato, ma tale parametro deve essere rapportato non già al singolo (e magari ultimo) anno, come per la capacità economica e finanziaria, ma all'ultimo triennio con possibilità di estendere l'arco temporale di riferimento, ove necessario; ciò, in quanto, attraverso il requisito di capacità tecnica e professionale, la Stazione appaltante mira ad accertare non già la solidità economica dell'affidataria ma la sua idoneità tecnica ed organizzativa ai fini dell'esecuzione dell'appalto che può essere desunta solo dallo svolgimento di servizi analoghi per un periodo di tempo più lungo di quello cui è riferito il fatturato relativo alla capacità economica e finanziaria. Ne consegue che l'esperienza è da qualificarsi senza dubbio come manifestazione di capacità tecnico-professionale e, d'altronde, la sua specificità è quella di attestare, attraverso precedenti esperienze, che l'operatore economico sia in condizioni di eseguire le prestazioni professionali richieste per l'esecuzione del contratto»* (TAR Campania, Napoli, V, 7 ottobre 2022, n. 132).

Del resto il limite in questione, previsto dall'art. 83 comma 5 cit., quand'anche per ipotesi rilevante nella fattispecie, non risulterebbe comunque superato dalla previsione contenuta al punto 6.2 della legge di gara.

La base d'asta per il servizio quinquennale era infatti pari a complessivi €. 803.510,00, corrispondenti ad un importo medio annuale di €. 160.702,00.

Il requisito fissato dall'amministrazione faceva riferimento a servizi analoghi di importo pari alla base d'asta (dunque a €. 803.510,00) nel triennio, corrispondente alla somma media annuale di €. 267.836,67 circa.

L'art. 83 comma 5 D. Lgs. 50/2016, che la Scriptorium Decore S.r.l. ritiene violato, prevede che: «5. *Il fatturato minimo annuo richiesto ai sensi del comma 4, lettera a) non può comunque superare il doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso [...]».*

Orbene, il doppio del valore annuale della base d'asta è pari a €. 321.404,00 circa (doppio di €. 167.702,00), dunque l'importo indicato dal punto 6.2, rapportato all'anno solare, essendo pari a €. 267.836,67, non supera la soglia. A identiche conclusioni si addiuvano moltiplicando le due misure per tre, onde parametrarle all'arco temporale triennale di riferimento («*ove il fatturato richiesto sia rapportato ad un arco temporale più lungo dell'anno, il valore dell'appalto corrispondente deve essere rapportato all'equivalente arco temporale*» - TAR Campania, Napoli, V, 20 aprile 2021, n. 2497): il valore soglia triennale è infatti pari a €. 964.212,00 (corrispondente al doppio della base d'asta annuale moltiplicato per tre), a fronte di €. 803.510,00 richiesti (base d'asta nel triennio): il valore limite è più elevato di quello preteso dall'Amministrazione.

Anche sotto tale profilo, dunque, la censura in esame va disattesa.

3. In considerazione di quanto precede, il ricorso deve essere in parte dichiarato inammissibile e in parte accolto, stante la fondatezza del secondo motivo di gravame, con riferimento alla censura vagliata al precedente punto 2.1, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

4. Le spese del giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza e vengono pertanto poste a carico dell'Università, che dovrà rifonderle alla ricorrente Scriptorium Decore S.r.l.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo accoglie, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, per le ragioni indicate in motivazione.

Condanna l'Università degli Studi Milano Bicocca alla refusione, in favore della Scriptorium Decore S.r.l., delle spese di lite del presente giudizio, che si

quantificano nella complessiva somma di €. 2.000,00 (*duemila/00*), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere

Katiuscia Papi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Katiuscia Papi

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO