

Pubblicato il 14/07/2018

**N. 00678/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01054/2017 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 staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1054 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Associazione Zoofili Cremonesi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paola Brambilla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto ex art. 25 CPA presso la Segreteria del TAR di Brescia, in via Carlo Zima n. 3

contro

Comune di Cremona, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Enrico Cistriani, Edoardo Boccalini, con domicilio eletto presso lo studio Innocenzo Gorlani in Brescia, via Romanino Gerolamo 16;

nei confronti

Anpana Onlus - Sezione Territoriale di Cremona, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Bertoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Associazione Nazionale Protezione Animali Natura Ambiente A.N.P.A.N.A. Onlus non costituita in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del bando di gara pubblicato in data 18.10.2017, con il quale il Comune di Cremona ha indetto procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio di custodia e cura dei cani vaganti e randagi rinvenuti sul territorio del Comune di Cremona e dei Comuni convenzionati, per il periodo dal 1° gennaio 2018 al 31 dicembre 2019 – CIG: 723746403C;

- del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto;

- di ogni altro atto connesso e consequenziale, comunque lesivo degli interessi della ricorrente tra cui la determina n. 1764 del 13.10.2017 di approvazione degli atti di gara, ed i verbali di gara della commissione giudicatrice;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati in data 8.2.2018:

- della determina dirigenziale del Comune di Cremona n. 2562 del 22.12.2017 pubblicata in data 29.12.2017, avente ad oggetto “aggiudicazione, a seguito di procedura aperta esperita sulla piattaforma telematica SINTEL all'Associazione Nazionale Protezione Animali Natura Ambiente ANPANA – Onlus sezione territoriale di Cremona – del servizio di ricovero e mantenimento dei cani vaganti e randagi del Comune di Cremona e dei Comuni/Unioni

di Comuni con esso convenzionati – periodo: 01.01.2018 – 31.12.2019. CIG: 723746403C”.

- di tutti i verbali di gara della Commissione, anche di ammissione alla gara del soggetto aggiudicatario tra cui in particolare il verbale n. 1 prot. 76126 del 10.11.2017; verbale n. 1 prot. 79873 del 28.11.2017; verbale prot. 80728 del 30.11.2017;

- di ogni atto consequenziale, connesso, presupposto, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente sottoscritto nelle more della definizione del ricorso;

per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati in data 18.4.2018:

- dei verbali di gara del 10.11.2017, del 22.11.2017 e del 29.11.2017, resi disponibili dall'amministrazione resistente in data 5 marzo 2018; nonché per la declaratoria dell'illegittimità del silenzio, con valore di diniego, serbato dal Comune di Cremona in relazione all'ulteriore documentazione di gara richiesta dalla ricorrente, con particolare riferimento all'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria del servizio, non esibita in data 05.03.2018 e per l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione resistente di esibire tutti i documenti richiesti dall'Associazione Zoofili Cremonesi e per la condanna dell'amministrazione resistente all'ostensione integrale dei documenti richiesti dalla ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Cremona e di Anpana Onlus - Sezione Territoriale di Cremona;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2018 il dott. Alessio Falferi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Cremona ha pubblicato in data 18.10.2017 il bando di gara per l'affidamento della gestione del servizio di ricovero e mantenimento dei cani vaganti e randagi del Comune di Cremona e dei Comuni/Unione di Comuni con esso convenzionati per il periodo 01.01.2018 – 31.12.2019, per un importo complessivo a base di gara di euro 160.000,00. Il termine per la presentazione delle offerte è stato fissato alla data dell'8.11.2017, con apertura delle buste il 10.11.2017.

L'Associazione Zoofili Cremonesi (di seguito solo AZC), con ricorso depositato in data 20.11.2017, ha impugnato, formulando istanza cautelare, il suddetto bando e gli ulteriori atti indicati in epigrafe, precisando di non aver potuto presentare domanda di partecipazione alla gara per insufficienza della tempistica tra pubblicazione del bando e termine di presentazione offerte e per l'illegittimità delle clausole ivi previste.

Si è costituito in giudizio il Comune di Cremona che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso e comunque la sua infondatezza nel merito.

Con ordinanza cautelare n. 579, assunta alla Camera di Consiglio del 7 dicembre 2017, è stata respinta l'istanza di sospensione cautelare degli atti impugnati.

Successivamente alla richiesta di rinvio dell'Udienza Pubblica di discussione del 18.1.2018, con atto per motivi aggiunti depositato in data 8.2.2018, AZC ha impugnato il provvedimento comunale n. 2562/2017 di aggiudicazione della gara in questione, unitamente a tutti i verbali di gara.

In data 26.3.2018 si è costituita in giudizio A.n.p.a.n.a. ONLUS, Associazione Nazionale Protezione Animali Natura Ambiente – sezione territoriale provinciale di Cremona (di seguito solo ANPANA), aggiudicataria della gara, chiedendo il rigetto del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti.

Con atto depositato in data 18.4.2018, AZC ha proposto secondi motivi aggiunti con i quali ha impugnato i verbali di gara in epigrafe indicati e resi disponibili solo in data 5.3.2018 ed ha chiesto, altresì, la declaratoria di illegittimità del silenzio serbato dall'Amministrazione comunale sulla istanza di accesso alla ulteriore documentazione richiesta, con riferimento in particolare alla offerta tecnica presentata da ANPANA.

In vista dell'Udienza Pubblica di discussione le parti hanno depositato memorie difensive con le quali hanno ulteriormente precisato le rispettive posizioni.

Alla Pubblica Udienza del 13 giugno 2018, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Preliminarmente è necessario scrutinare l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso introduttivo sollevata dal Comune resistente in relazione all'impugnazione del bando di gara.

Va, innanzitutto, ricordato il principio generale che collega l'onere di immediata impugnazione all'esistenza in capo al ricorrente di una

lesione non potenziale, ma concreta ed attuale, ed alla sussistenza di un altrettanto attuale interesse ad impugnare. Già con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003 il Consiglio di Stato ha evidenziato un onere di immediata impugnazione del bando di gara con riferimento a clausole che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara; in tali ipotesi, è stata ricompresa quella di un bando che, discostandosi macroscopicamente dall'onere di *clare loqui*, al quale, per i suoi intrinseci caratteri, ogni bando deve conformarsi, risulti indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all'interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare precludendogli, di conseguenza, direttamente ed immediatamente la partecipazione, ciò in quanto tali clausole sembrano sostanzialmente comportarsi come le clausole riguardanti i requisiti soggettivi o di partecipazione, per le quali l'esistenza di tale onere è tradizionalmente affermato. Le clausole in questione, infatti, manifestano immediatamente la loro lesività, appaiono sostanzialmente idonee a precludere immediatamente la stessa partecipazione alla procedura concorsuale e ricollegano alle prescrizioni introdotte un effetto giuridico diretto (l'impossibilità di prendere atto alla gara) che appare immediatamente lesivo dell'interesse sostanziale degli aspiranti.

Successivamente, in giurisprudenza è stato ribadito che sussiste l'onere d'immediata impugnazione del bando di gara pubblica per contestare clausole che siano impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati

per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, ovvero che rendano ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara. In siffatti casi, già la pubblicazione del bando genera una lesione della situazione giuridica per chi intenderebbe partecipare alla competizione ma non può farlo a causa delle suddette clausole che assume irragionevoli o sproporzionate per eccesso (*Consiglio di Stato, sez. V, 26 giugno 2017, n. 3110*).

Ancora, è stato di recente osservato (*Consiglio di Stato, sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809*, che richiama, tra le altre, *Consiglio di Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180* e *Consiglio di Stato, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491*) che l'onere di impugnare immediatamente le previsioni della legge di gara non concerne solo quelle in senso classico "escludenti", che prevedono requisiti soggetti di partecipazione, ma anche le clausole afferenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta. Nel tentativo di enucleare i casi in cui tale evenienza può verificarsi, sono state evidenziate, tra le altre, le seguenti ipotesi: - le regole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale; - le previsioni che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; - le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; - le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; - l'imposizione di obblighi *contra ius*; - le gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali

per la formulazione dell'offerta, ovvero la presenza di formule matematiche del tutto errate.

Infine, da ultimo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 26 aprile 2018, n. 4, richiamando le due fondamentali pronunce in precedenza rese (A.P. n. 1/2003 e A.P. n. 4/2011), ha sostanzialmente confermato gli esposti approdi cui è giunta la giurisprudenza.

Alla luce degli esposti principi, è ora possibile esaminare le singole censure formulate da AZC.

La ricorrente, richiamate in punto di fatto le vicende relative a due precedenti ricorsi dalla stessa presentati (RG 1128/2016 e RG 878/2017) e relativi all'affidamento del servizio di cui si discute, ha denunciato plurimi profili di illegittimità della procedura di gara.

In particolare, con il primo motivo, si è contestata la violazione del termine minimo di 35 giorni dalla trasmissione del bando per la ricezione delle offerte, fissato dall'art. 60 del D.Lgs n. 50/2016, atteso che nel caso in esame il detto termine è di soli 21 giorni, con conseguente impossibilità per la ricorrente di presentare la propria offerta

La censura è ammissibile, atteso che la previsione contestata risulta in astratto immediatamente lesiva in quanto preclusiva della possibilità di presentare offerta, con conseguente interesse della parte alla immediata contestazione, ma è infondata nel merito.

Come già evidenziato nella pronuncia cautelare, non appare violata la previsione di cui all'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, relativa al termine minimo per la ricezione delle offerte, considerato che la possibilità di ridurre fino alla metà detto termine è prevista dall'art. 36, comma 9, del codice dei contratti pubblici nell'ipotesi di contratti sotto soglia comunitaria, come nel caso in esame, avendo la Stazione Appaltante

fissato per il servizio oggetto di affidamento una base d'asta pari ad euro 160.000,00.

La doglianza, pertanto, non può trovare accoglimento.

Con il secondo motivo di ricorso AZC lamenta l'illegittimità della legge di gara in quanto contraria, sotto diversi profili, al vigente quadro normativo di riferimento.

In particolare, sotto un primo profilo, si denuncia l'illegittimità della clausola del Capitolato relativa alla modalità di calcolo della distanza massima di 30 km. –prescritta dal R.R. n. 2/2017- della struttura affidataria del servizio dal Comune appaltante, non potendo questa essere calcolata in linea d'aria avuto riguardo al limite esterno del Comune, dovendosi, invece, prendere come riferimento la via stradale più breve calcolata dalla sede del Comune; l'illegittima prescrizione della legge di gara consentirebbero la partecipazione di ANPANA Onlus che, diversamente, sarebbe esclusa.

La censura di parte ricorrente è inammissibile in quanto la clausola contestata non risulta preclusiva della partecipazione alla gara nei termini sopra precisati.

Per quanto la censura di illegittimità della clausola in questione presenti profili di fondatezza, attesa l'illogicità della previsione e delle modalità di calcolo della distanza ivi stabilite (anche considerando quanto già precisato da questo Tribunale con sentenza n. 630/2017 in relazione al ricorso R.G. n. 1128/2016), non può non rilevarsi che la medesima non è immediatamente lesiva della posizione giuridica soggettiva della ricorrente, la quale, pur in presenza della detta clausola, avrebbe potuto presentare regolare offerta e, se del caso, contestare la legittimità della clausola in sede di aggiudicazione della

gara a soggetto che di quella clausola (ritenuta illegittima) avrebbe potuto beneficiare.

La doglianza è, dunque, inammissibile per carenza di interesse non trattandosi di previsione impeditiva della partecipazione alla gara.

Sotto distinto profilo, la ricorrente censura la prescrizione di cui all'art. 1 del Capitolato laddove prevede che la prestazione del servizio oggetto di gara deve essere svolta *“in apposita struttura, idonea ai sensi dell'art. 12 del Regolamento regionale n. 2/2017 adibita a canile rifugio, come definito dall'art. 13 del medesimo Regolamento, nella disponibilità (a qualsiasi titolo) del concorrente al momento dell'aggiudicazione”*, in quanto la richiesta, quale requisito di partecipazione, di disponibilità della struttura *“a qualsiasi titolo”* sarebbe posta in violazione della normativa in tema di avvalimento.

Anche tale censura è inammissibile per difetto di interesse.

Analogamente a quanto evidenziato al punto precedente, infatti, anche la doglianza in esame non è relativa a previsione immediatamente lesiva della posizione giuridica soggettiva della ricorrente, la quale non risulta pregiudicata nella possibilità di presentare regolare offerta alla gara in questione.

La ricorrente censura, infine, ulteriori prescrizioni –quali requisiti minimi di partecipazione - previste dalla legge di gara: -la prescrizione secondo cui *“nel canile dovranno essere ospitati solo i cani per cui sussiste l'obbligo giuridico di ricovero e custodia da parte del Comune di Cremona e dei Comuni convenzionati”* (art 1, comma 6, Capitolato), non essendo l'esclusività requisito previsto dal R.R. 2/2017; -la prescrizione secondo cui *“saranno presenti anche box riservati a cani con comportamenti aggressivi altri ai cani affetti da patologie infettive, altri alle madri con cuccioli fino ai 60 giorni di età ed altri ancora ai cuccioli fino ai 120 giorni di*

età”(art. 2, lett. d), punto 2, del Capitolato), in quanto previsione non richiesta dal R.R. n. 2/2017.

Anche in questo caso le censure non sono ammissibili.

La dedotta violazione del Regolamento regionale n. 2/2017, che secondo la ricorrente non prevede l'esclusività quale requisito per il funzionamento e l'idoneità di un canile rifugio, non costituisce una previsione della legge di gara che impedisce alla ricorrente di presentare idonea offerta; conseguentemente, in mancanza di immediata lesività, la censura non può essere ammessa.

Per quanto riguarda, invece, la previsione relativa ai box riservati per cani aggressivi o affetti da patologie infettive, per le madri con cuccioli fino a 60 giorni e per i cuccioli fino ai 120 giorni di età, si osserva che la tesi della ricorrente –secondo la quale la mancanza di tali requisiti all'interno della struttura (ovvero dei box dedicati) impedirebbe *sic et simpliciter* al potenziale concorrente di partecipare alla procedura, integrando così una clausola escludente - non è condivisibile, in quanto appare normale e del tutto ragionevole che un soggetto che intenda partecipare alla procedura per l'affidamento del servizio di ricovero e mantenimento dei cani vaganti e randagi abbia a disposizione (ovvero sia in grado di procurarsi in tempi brevi) box per contenere animali, con la conseguenza che la richiesta della Stazione Appaltante – al di là della contestata arbitrarietà - non può certo considerarsi tale da rendere “realmente” impossibile la presentazione di una offerta, come richiesto dalla giurisprudenza richiamata nelle premesse.

Dunque, anche tale doglianza non risulta ammissibile, non avendo la previsione censurata carattere immediatamente lesivo.

Con il terzo motivo di ricorso AZC denuncia la mancanza dei criteri di determinazione dell'importo a base di gara (corrispettivo annuo), da ritenersi incongruo, circostanza che renderebbe impossibile la partecipazione alla gara; è, inoltre, denunciata la mancata indicazione dei costi di sicurezza aziendali.

La censura è ammissibile, considerato che con la stessa si prospetta un potenziale impedimento alla presentazione di offerta congrua, ma nel merito non appare supportata da idonei elementi probatori.

Dalla documentazione prodotta dal Comune resistente (Delibera ANAC n. 759 del 13.7.2016) emerge, infatti, che la stima effettuata dalla Stazione Appaltante ai fini della determinazione della base d'asta appare ragionevole ed adeguata ad una funzionale gestione del servizio; in ogni caso, non emergono evidenti e concreti elementi che consentano di affermare che l'importo posto a base di gara sia del tutto incongruo (per difetto) come sostenuto in ricorso, ove sostanzialmente si giustifica la censura richiamando i molteplici obblighi imposti al gestore del canile.

Quanto alla lamentata mancata indicazione dei costi della sicurezza, si osserva che la censura non è ammissibile non essendo impeditiva della partecipazione alla procedura di gara.

Con riferimento, infine, alle doglianze formulate dalla ricorrente in memoria difensiva relativamente al difetto dei requisiti soggettivi dell'Associazione ANPANA sez. di Cremona, *medio tempore* individuata quale aggiudicataria, anche in termini di possibilità di operare con la stessa denominazione di "ANPANA", si devono svolgere le seguenti considerazioni: pur sussistendo un evidente e indiscusso dovere ed obbligo in capo alla Stazione Appaltante di attentamente verificare i requisiti soggettivi dell'ente risultato

aggiudicatario della gara, sotto ogni profilo, ivi compreso quello della facoltà di legittimamente agire ed operare con la suddetta denominazione, si deve rilevare l'inammissibilità di tali censure, sia perché formulate solo con memoria difensiva, sia per carenza di interesse, non avendo la ricorrente partecipato alla procedura di gara di cui si discute.

In conclusione, il ricorso introduttivo è in parte infondato ed in parte inammissibile.

E' ora necessario passare all'esame dei motivi aggiunti.

Con il primo atto per motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione della gara all'Associazione Nazionale Protezione Animali Natura Ambiente ANPANA – Onlus sezione territoriale di Cremona, unitamente a tutti i verbali di gara della Commissione; con i secondi i motivi aggiunti, depositati in data 18.4.2018, la ricorrente ha ulteriormente impugnato i verbali di gara del 10.11.2017, del 22.11.2017 e del 29.11.2017, resi disponibili successivamente, nonché chiesto la declaratoria dell'illegittimità del silenzio serbato dal Comune resistente in relazione all'ulteriore documentazione di gara, con particolare riferimento all'offerta tecnica presentata dall'aggiudicatario, peraltro successivamente messa a disposizione della ricorrente, come dalla stessa ricorrente riconosciuto nell'ultima memoria difensiva ed evidenziato anche dal Comune resistente, giusta l'assenso prestato dalla controinteressata (doc. 16 Comune resistente).

Ebbene, i motivi aggiunti proposti dalla ricorrente sono inammissibili.

Come già in precedenza evidenziato, AZC non ha partecipato alla gara di cui si discute.

A tal proposito, la giurisprudenza ha più volte affermato i seguenti principi, dai quali non vi è ragione per discostarsi: “in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione; chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui *res inter alios acta* - venga nuovamente bandita; a tale regola generale si può fare eccezione, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e cioè quando: I) si contesti in radice l'indizione della gara; II) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo "amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; III) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti” (*Consiglio di Stato, A.P. 25 febbraio 2014, n. 9*, che richiama l'*Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4*);

Le tre uniche e tassative ipotesi indicate dalla giurisprudenza per cui è possibile derogare alla esposta regola generale, anche in ragione di quanto precisato in merito al ricorso introduttivo, non sono riscontrabili nel caso in esame, per cui non vi è spazio per ritenere ammissibili i motivi aggiunti proposti da AZC.

In conclusione, il ricorso va dichiarato in parte infondato ed in parte inammissibile, i motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili.

Le spese di causa possono essere interamente compensate tra tutte le parti, in considerazione degli aspetti di indubbia peculiarità della

vicenda, aspetti che sono stati messi in evidenza nell'esame del ricorso introduttivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto ed integrato dai motivi aggiunti, in parte lo rigetta e in parte lo dichiara inammissibile, come da motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere

Alessio Falferi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessio Falferi

IL PRESIDENTE
Alessandra Farina

IL SEGRETARIO