



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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 80 del 2010, proposto da:

ALBA SERVIZI - Cooperativa Sociale A.R., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Saverio De Nardis e Carlo Picchioni, con domicilio eletto presso lo studio del primo in L'Aquila, via Venezuela, 2 (Pettino);

contro

Comune di Alba Adriatica, in persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Referza, con domicilio eletto presso l'avv. Lucio Leopardi in L'Aquila, via Pescara N. 2/4;

nei confronti di

PAP S.R.L., rappresentata e difesa dall'avv. Gabriella Zuccarini, con domicilio eletto presso l'avv. Maria Cristina Cervale in L'Aquila, via Leonardo Da Vinci, 25;

per l'annullamento

DEL BANDO DI GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI
MENZA SCOLASTICA ANNO 2010/2011 CON OGNI ATTO
PRODROMICO E CONSEQUENZIALE

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Alba Adriatica in Persona del Sindaco P.T. e di Societa' Pap R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2010 il dott. Alberto Tramaglini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Premesso di aver svolto da circa venti anni il servizio relativo alla preparazione dei pasti ed all'assistenza alla refezione scolastica presso le quattro scuole dell'infanzia gestite dal Comune resistente, adibendo a tale servizio 9 socie lavoratrici (tutte di sostegno alle proprie famiglie monoreddito, di cui cinque in condizioni svantaggiate), la cooperativa ricorrente impugna gli atti indicati in epigrafe, relativi alla gara per l'affidamento del servizio in questione.

Precisato che il corrispettivo relativo all'ultimo periodo (1° gennaio 2009-31 dicembre 2009, poi prorogato al 28 febbraio 2010) della sua gestione era stato pari a Euro 99.000, espone che l'amministrazione, accorpendo nel servizio anche le prestazioni in precedenza escluse dall'affidamento (segnatamente l'approvvigionamento delle materie prime), ha indetto una procedura aperta con bando pubblicato sulla G.U. del 21 dicembre 2009, fissando il termine ultimo per la presentazione delle offerte al 13 gennaio 2010 e ponendo a base d'asta l'importo di 196.800Euro.

Censura la fissazione del requisito relativo al conseguimento, con riferimento agli ultimi tre esercizi finanziari, di un fatturato relativo a servizi analoghi pari complessivamente a 600.000Euro. Si tratterebbe di un requisito incongruo,

pari ad oltre il triplo dell'importo dell'appalto, e tale da non consentirle la partecipazione alla gara.

D'altra parte, il ridottissimo termine per la presentazione delle offerte (23 giorni, peraltro decorrenti dal 21 dicembre, e quindi cadenti per gran parte in periodo estivo), sarebbe in violazione dell'art. 70 D.L.vo 163 del 2006, che fissa in 52 giorni il termine minimo della ricezione delle offerte, e comunque tale da non consentire la formazione di un raggruppamento, di un consorzio o di ricorrere ad un qualunque altro istituto idoneo a soddisfare il requisito richiesto, e perciò in palese contrasto con i principi di cui all'art. 27 del medesimo codice. La violazione del principio di economicità, imparzialità, trasparenza e proporzionalità emergerebbe lampante dalla circostanza che una sola impresa ha partecipato alla gara, aggiudicandosela con un modestissimo ribasso.

Lamenta infine la contraddittorietà del bando, nella parte in cui richiede lo svolgimento di servizi analoghi per almeno due anni nell'ultimo triennio, in ritenuto contrasto con la precedente richiesta di un fatturato minimo maturato nell'ultimo triennio.

2. Si sono costituiti in giudizio il Comune resistente e la ditta aggiudicataria che hanno concluso per l'inammissibilità ed infondatezza del ricorso.

3. Richiamando l'orientamento secondo cui, ai fini dell'impugnazione immediata delle clausole del bando o della lettera di invito concernenti i requisiti di partecipazione a una gara per l'affidamento di un appalto pubblico, è richiesto che il soggetto interessato debba previamente presentare domanda di partecipazione, e ciò al fine di radicare l'interesse attuale a ricorrere ed evidenziare la posizione differenziata dell'impresa direttamente incisa dal bando di gara rispetto a quella delle altre ditte presenti sul mercato, viene preliminarmente eccepito il difetto di interesse della ricorrente, la quale

non ha presentato la richiesta domanda di partecipazione.

Il collegio ritiene di condividere in via di principio l'orientamento (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 2 agosto 2010, n. 5069; 9 aprile 2010, n. 1999; 19 marzo 2009, n. 1624), che sembra consolidarsi dopo Corte giustizia CE, sez. VI, 12 febbraio 2004, nel procedimento C-230/02, secondo cui non è configurabile alcun onere di partecipare alla gara di un appalto a carico di un soggetto la cui partecipazione viene ad essere preclusa direttamente dallo stesso bando di gara. La lesione dell'interesse non può essere infatti derivare da un atto che si risolverebbe in un mero adempimento formale, atteso l'esito scontato di esclusione dalla gara, non essendo il bando suscettibile di disapplicazione (cfr. TAR Lazio, sez. IIter, 8 marzo 2006, n. 1775 e giurisprudenza ivi citata).

A conclusioni forse diverse potrebbe pervenirsi nelle situazioni in cui l'interesse primario alla partecipazione può essere assicurato dall'annullamento della sola clausola preclusiva senza che ne risulti travolto il resto del bando e, quindi, l'intera procedura. Essendo tuttavia infondate le censure proposte, per ragioni di economia la questione può essere accantonata.

4. E' innanzitutto infondato il primo motivo di ricorso.

Alla procedura in questione non trovano infatti applicazione le disposizioni relative alle modalità e tempistiche di pubblicazione dei bandi di cui all'art. 70 del codice dei contratti, a ciò ostando l'art. 20 del medesimo ("l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 [...], dall'articolo 65 [...], dall'articolo 225 [...]"), trattandosi di servizio compreso tra quelli di cui all'allegato IIB.

Tenuto conto dell'importo dell'appalto in questione (196.800Euro) e, in ciò

condividendo la prospettazione di parte resistente, qualora si adotti l'art. 124, 6° comma, lett. a) -a norma del quale, per le procedure aperte relative agli appalti di servizi sotto soglia (211.000Euro ex art. 28 e quindi 193.000Euro ai sensi del Regolamento della Commissione 30 novembre 2009 n. 1177, e perciò di importo analogo a quello di cui alla presente gara), "il termine per la ricezione delle offerte, decorrente dalla pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana non può essere inferiore a quindici giorni"- come parametro di riferimento della valutazione circa il rispetto dei principi di cui all'art. 27, il termine di presentazione delle offerte fissato dal bando in 23 giorni non appare manifestamente irragionevole in relazione alla normale complessità della prestazione oggetto del contratto ed all'attività necessaria ai partecipanti per la presentazione dell'offerta (cfr. T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 30 marzo 2007, n. 1333). Una palese inadeguatezza non emerge nemmeno in riferimento al periodo in cui veniva a cadere il predetto termine (il bando è stato pubblicato il 21 dicembre), non ricevendo il medesimo una particolare considerazione normativa.

E' infondato anche il secondo motivo.

Va ricordato che appartiene alla discrezionalità della stazione appaltante fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, anche superiori rispetto a quelli previsti dalla legge alla luce del suo potere-dovere di apprestare (attraverso la specifica individuazione dei requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti più adeguati ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare (ex multis Cons. Stato, 37 del 2007) e che unico limite alla insindacabilità che l'esercizio di tale potere incontra è legato alla una valutazione di manifesta irragionevolezza di quanto richiesto in correlazione al valore dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14.12.2006 n. 7460; Cons.

Stato, sez. V, 13.12.2005 n. 7081). Più in particolare “il potere delle stazioni appaltanti di stabilire i requisiti di partecipazione , e tra questi anche il livello del fatturato richiesto nell'ultimo triennio , è sindacabile solo in caso di scelte che appaiono, "ictu oculi", irrazionali, fondate su errori di fatto o sproporzionate in relazione alla rilevanza economica del contratto da stipulare” (Consiglio Stato , sez. V, 23 gennaio 2006 , n. 206).

In ordine al requisito, in parola viene evidenziato (cfr. T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. I, 11 aprile 2008, n. 1424) che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (cfr. deliberazione 24.1.2007, n. 20), che svolge (anche) una funzione di interpretazione e orientamento per le stazioni appaltanti, ha, al riguardo, rilevato come il giudice amministrativo abbia ritenuto immotivata la fissazione, per un appalto di pulizie, dell'iscrizione al registro delle imprese per un importo superiore a cinque volte il valore dell'appalto, ovvero, in relazione al fatturato, per un importo nove volte superiore al valore dell'appalto, mentre (cr. Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 348) si è ritenuta non incongrua né limitativa dell'accesso alla gara la richiesta di un fatturato, nel triennio pregresso, sino al doppio dell'importo posto a base della stessa. Lo stesso G.A. stima, invece, irrazionale, eccessiva e sproporzionata, la richiesta di un importo eccedente di circa sette volte l'oggetto del contratto (si veda la decisione coeva e della stessa Sez. V, 23 gennaio 2006, n. 206); ovvero illegittima la clausola del bando di gara che prevede, a dimostrazione del possesso del requisito di capacità economico-finanziaria, un fatturato dell'ultimo triennio che si attesti su una soglia minima pari a più di quindici volte l'ammontare dell'importo posto a base dell'appalto (T.A.R. Lecce, sez. II, 2 gennaio 2008, n. 1). D'altra parte, TAR Lazio, Roma, sez. II, 8 marzo 2006 n. 1775, richiamata in ricorso, in fattispecie analoga alla presente ha

ritenuto incongrua la richiesta di un fatturato dell'ultimo triennio pari a tre volte l'importo a base d'asta.

Il collegio, da parte sua, ritiene innanzitutto non rilevante la circostanza che il requisito richiesto ecceda di circa sei volte il corrispettivo a suo tempo percepito dalla ricorrente allorché gestiva il servizio, visto che le prestazioni oggetto della gara in esame sono pacificamente diverse da quelle a suo tempo rese da ALBA SERVIZI, comprendendo le stesse, diversamente da quanto avveniva in passato, anche l'approvvigionamento delle materie prime. Non essendo contestata una viziata formazione della base d'asta, tale importo non può che costituire pertanto unico parametro di riferimento ai fini della valutazione della proporzionalità del requisito richiesto.

Tenuto conto che il fatturato conseguito in servizi analoghi nel triennio precedente era richiesto nella misura minima di 600.000Euro, rispetto ad una base d'asta di 196.800Euro, e perciò in misura poco più che tripla di quest'ultima, si può sul punto osservare che l'amministrazione ha limitato la partecipazione alla gara a soggetti che avessero raggiunto una dimensione economica di entità analoga a quella oggetto di gara e l'avessero consolidata per un triennio. Il che non appare manifestamente irragionevole in vista del perseguimento dell'interesse della stazione appaltante ad assicurarsi l'affidabilità del futuro contraente, tenuto conto che la peculiarità del servizio mal sopporterebbe interruzioni o disguidi.

Inammissibile è invece il terzo motivo (il richiesto svolgimento di servizi analoghi per almeno due anni nell'ultimo triennio sarebbe illogico e contraddittorio rispetto al requisito di cui al capo precedente), in quanto non viene dedotto che si tratta di clausola tale da escludere la partecipazione della ricorrente. Né sono indicate situazioni lesive prodotte dall'applicazione della clausola contestata. Ad ogni buon conto la censura è comunque

manifestamente infondata , visto che il requisito sub I) non contraddice quello sub G): il fatturato di 600.000Euro nel periodo 2006-2008 potrebbe essere infatti conseguito anche in un biennio (fatturando almeno 300.000Euro l'anno).

5. In conclusione il ricorso va nel suo complesso respinto.

6. Le spese di giudizio possono essere interamente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo (Sezione Prima)

Il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo -L'Aquila- definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge come da motivazione. Spese compensate.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Paolo Passoni, Consigliere

Alberto Tramaglino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO