



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 Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1499 del 2010, proposto da:
Ristor Plus Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Gianluca Prete, Piero
Giuseppe Rellea, elettivamente domiciliata presso lo studio
dell'avv. Gabriella Spata in Lecce, via Zanardelli, 60;

contro

Comune di Oria;

nei confronti di

Ladisa Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Gabriele Bavaro e
Adriano Tolomeo, elettivamente domiciliata presso lo studio di
quest'ultimo in Lecce, via Braccio Martello, 19;

per l'annullamento

- della determinazione n. 916 del 9 settembre 2010, con la quale il
Comune di Oria ha provveduto ad aggiudicare definitivamente la gara
d'appalto per il servizio mensa nelle scuole dell'infanzia statali e la

preparazione di pasti caldi a persone anziane e/o in condizione di fragilità sociale di cui al bando di gara pubblicato su Gazzetta Uff. n.69 del 21 giugno 2010, nonché del verbale di gara del 20 agosto 2010;

- di tutti gli atti presupposti, consequenziali e comunque connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ladisa Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Ladisa Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2011 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi nei preliminari l'avv. Prete, anche in sostituzione dell'avv. Rellava, per la ricorrente e l'avv. Tolomeo, anche in sostituzione dell'avv. Bavaro, per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ricorrente impugna gli atti epigrafati relativi all'affidamento del servizio *“di mensa nelle scuole dell'infanzia statali e preparazione pasti caldi a persone anziane e/o in condizioni di fragilità sociale”* e, in particolare, l'aggiudicazione disposta in favore della Ladisa s.p.a. avendo la stessa totalizzato p. 80,66 (la ricorrente punti 77).

1.1. A sostegno del ricorso sono dedotte le seguenti censure:

I) Violazione di legge sulla tassatività ed inderogabilità delle clausole

del bando di gara nonché sulla inosservanza delle stesse. Violazione del disciplinare di gara sub pagina 3 punto 15.

II) Eccesso di potere per travisamento e difetto di istruttoria. Mancata revisione della griglia dei punteggi in seguito all'ammissione della società Ladisa.

III) Eccesso di potere; violazione della *lex specialis* rispetto all'assicurazione del *favor participationis*; violazione dei principi relativi alla *par condicio* dei partecipanti.

IV) Eccesso di potere. Illegittimità dell'aggiudicazione definitiva alla Ladisa per erroneità e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

V) Eccesso di potere. Difetto di istruttoria. Erroneità delle considerazioni della commissione di gara in sede di valutazione dei requisiti tecnico – qualitativi.

VI) Risarcimento del danno subito dalla Ristor Pus a seguito del comportamento illecito della Pubblica Amministrazione.

1.2. Con ricorso incidentale depositato in data 26 ottobre 2010 la Ladisa s.p.a. ha impugnato l'atto di ammissione in gara della ricorrente principale Ristor Plus s.r. , deducendo la violazione da parte del seggio di gara di puntuali prescrizioni del disciplinare di gara, nonché sostenendo che quest'ultima sarebbe dovuta essere esclusa dalla procedura per carenza dei requisiti di partecipazione imposti dal bando.

1.3. A sostegno del ricorso incidentale sono dedotte le seguenti censure:

I) Violazione e falsa applicazione delle clausole della *lex specialis*: 4[^] capoverso di pag.4 del disciplinare sui “*requisiti di partecipazione*”, punto n.7 di pag. 7 del medesimo disciplinare nonché art.1 comma 3 del capitolato speciale d'appalto. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e violazione dell'auto-limite. Illogicità ed ingiustizia manifesta. Contraddittorietà evidente. Difetto di motivazione. Violazione del principio di imparzialità e di buon andamento dell'attività amministrativa ex art. 97 cost. In subordine, violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e/o 107 del d.lgs. 267/2000;

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i) d.lgs. 163/06 e della Direttiva del Consiglio 18.6.1992/50/CEE. Violazione e falsa applicazione delle clausole di gara: punto n.6 di pag.7 del disciplinare. Violazione dei principi di trasparenza, buon andamento, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto dei presupposti legali, travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Illogicità, perplessità ed ingiustizia manifesta. Inosservanza della deliberazione dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici n.1 del 12.1.2010. Difetto di istruttoria. Sviamento.

III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1 del d.lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*; 4[^] capoverso del punto 15 di pag.3 del disciplinare e lett. b) del punto 2 di pag.5 del disciplinare medesimo. Violazione dei principi generali in materia di esclusione dalla gara dei concorrenti per inosservanza delle regole sulle modalità di compilazione e presentazione della domanda

di partecipazione. Eccesso di potere per difetto assoluto d'istruttoria, erronea presupposizione e travisamento dei fatti, Illogicità ed ingiustizia manifesta. Contraddittorietà fra le determinazioni della Commissione ed i prefissati criteri e modalità di svolgimento della gara. Sviamento. Violazione del principio di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa ex art.97 cost.

IV) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*: 6^ capoverso di pag.5 del disciplinare. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria, erronea presupposizione e travisamento. Illogicità ed ingiustizia manifesta. Violazione dell'autolimita. Contraddittorietà fra le determinazioni della Commissione ed i prefissati criteri di compilazione delle domande di partecipazione. Sviamento. Violazione del principio di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa ex art. 97 cost.

V) In via subordinata: violazione e falsa applicazione dell'art. 43 e dell'art .42 comma 1 lett.d) d.lgs 163/2006 nonché dell'art. 4 D.P.R. 34/2000; eccesso di potere per erronea presupposizione e travisamento. Illogicità e contraddittorietà manifesta; difetto assoluto di motivazione; violazione dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa di cui all'art.1 della legge 241/1990; violazione del principio di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa ex art.97 Cost.

1.4.Nella pubblica udienza del 24 marzo 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

2. Va previamente esaminato il ricorso incidentale.

2.1. Con il primo motivo la ricorrente incidentale deduce la illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente principale non avendo la stessa fornito la prova documentale della effettiva disponibilità del centro cottura, essendosi limitata a presentare, in sede di gara, una nota "prot.7838 datata 6 luglio 2010" a firma del Sindaco de Comune di San Marzano di San Giuseppe contenente un'autorizzazione ad utilizzare il centro cottura sito presso l'edificio della scuola materna del medesimo Comune, senza alcuna prefissazione di durata.

2.1. Il motivo è fondato.

Il bando di gara richiedeva all'art.15 *"requisiti di partecipazione"* la *"disponibilità di idonea struttura destinata a centro cottura, munita di tutte le autorizzazioni sanitarie previste dalla legge, nonché dalla vigente normativa in materia di preparazione e somministrazione pasti per mense scolastiche"*.

Il Collegio ritiene che il documento prodotto dalla Ristor Plus in relazione tale requisito (nota datata 6 luglio 2010 del Sindaco del Comune di San Marzano) non possa ritenersi soddisfacente.

In materia, la giurisprudenza amministrativa evidenzia come, nelle procedure a evidenza pubblica, l'esclusione di un partecipante sia configurabile non solo in presenza di apposita sanzione dettata dalla disciplina concorsuale ma anche quando, pur in assenza di una simile clausola, risultino violate prescrizioni rispondenti a un particolare interesse sostanziale della stazione appaltante, e, ancora, quando dal contesto della *lex specialis* emerga con palese evidenza che

l'inosservanza di alcune sue previsioni comporterebbe, comunque e inevitabilmente, in ragione del loro contenuto, l'esclusione anche senza un'espressa comminatoria (fra le molte, T.a.r. Campania Napoli, VIII, 3 settembre 2010, n. 17288; Cons. St., V, 21 giugno 2006, n. 3703; T.a.r. Emilia Romagna, Parma, I, 15 aprile 2008, n. 226; T.a.r. Calabria, Catanzaro, 15 aprile 2008, n. 416).

Nella specie, la nota del Sindaco del Comune di San Marzano di San Giuseppe risulta del tutto priva di quei connotati necessari perché possa ritenersi concretizzata la c.d. disponibilità giuridica del centro cottura.

2.2. In primo luogo deve rilevarsi l'incompetenza del sindaco al rilascio dell'autorizzazione in questione, in quanto spetta ai dirigenti a norma dell'art. 107 del t.u.e.l. la direzione degli uffici e dei servizi, in applicazione del principio per cui *"i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti"* (art. 107, comma 1) e, in particolare, l'adozione dei *"provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale"* (art. 107, comma 3).

2.3. In secondo luogo, anche dal punto di vista formale, la nota in questione non può assumere la caratteristica di provvedimento formalmente e concretamente autorizzativo, sia perché la P.A. si esprime attraverso atti amministrativi (determine o delibere) e non già attraverso semplici lettere unilaterali, sia perché tale nota non contiene i requisiti minimi di specificità e concretezza necessari

(decorrenza, durata, orari e modalità di utilizzo, eventuale corrispettivo, ecc) con la conseguente inidoneità della stessa nella procedura ad evidenza pubblica de qua, la quale per le esigenze di trasparenza, par condicio e necessità di una oggettiva verificabilità dei dati allegati dai concorrenti, non può che postulare un regime formale qualificato, anche sul piano della effettiva azionabilità giuridica delle obbligazioni assunte.

L'incertezza circa *l'an* ed il *quid* del possesso del requisito richiesto dal bando a pena di esclusione da parte della Ristor Plus in relazione alla disponibilità del centro cottura comporta già di per sé sola la illegittimità dell'ammissione della stessa alla procedura di gara.

3. Il ricorso principale è comunque infondato.

3.1. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente deduce la illegittimità dell'ammissione alla gara della Ladisa s.p.a non potendo la commissione derogare alla disposizione del bando di gara con la quale si richiedeva la disponibilità di un centro cottura entro 15 km dalla sede comunale.

Tuttavia quest'ultima proponeva ricorso giurisdizionale innanzi a questo TAR contrassegnato dal n.1135/2010 impugnando in parte qua la *lex specialis*; a seguito di ciò la Sezione adottava ordinanza n.604/2010 con la quale pur respingendo l'istanza cautelare riteneva ” *che un effettivo pregiudizio potrebbe derivare soltanto da un provvedimento di esclusione, qualora l'Amministrazione non dovesse opportunamente ritenere di disporre un'ammissione con riserva*” e conseguentemente la stazione appaltante ammetteva con riserva la Ladisa alla gara, la quale risultava

essere poi l'aggiudicataria dell'appalto in questione.

Pertanto, con sentenza data contestualmente alla presente la Sezione ha definitivamente accolto il ricorso proposto dalla Ladisa spa disponendo l'annullamento, in parte qua, del bando in questione.

Pertanto in assenza della suddetta disposizione deve ritenersi la legittimità dell'ammissione alla gara della società suddetta.

3.2. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente deduce la illegittimità della valutazione effettuata dalla Commissione avendo la stessa attribuito il medesimo punteggio ad entrambe le partecipanti in relazione al centro cottura distante più di 8 km dalla sede municipale.

In particolare a dire della ricorrente la commissione, dopo l'ammissione della Ladisa s.p.a., avrebbe dovuto rimodulare i punteggi e la griglia di valutazione.

Anche tale motivo non coglie nel segno.

Tale tesi contrasta con le previsioni di cui all'art.83 del d.lgs.163/2006 secondo cui la commissione non può modificare i criteri stabiliti negli atti inditivi.

In ogni caso, il disciplinare di gara prevedeva l'attribuzione di punti 1 per " *l'ubicazione del centro cottura ad una distanza fino a 8 km dalla sede municipale*" e di tale disposizione la stazione appaltante ha effettuato una logica e coerente applicazione.

Inoltre, quanto alla dedotta illegittimità dell'ammissione alla gara della Ladisa, non avendo la stessa prodotto certificazione di qualità UNI EN ISO 9001/2000, la lex specialis prevedeva con riferimento al possesso della certificazione sistema di qualità, l'attribuzione di punti

1 per ” *certificazione di qualità più recente alla serie UNI EN ISO 9001:2000*” sicchè l’attribuzione di 1 punto per una certificazione più recente a quella indicata appare coerente con le prescrizioni di gara.

Del tutto legittima appare, altresì, la valutazione effettuata dalla Commissione in relazione alla “*irrelevanza della maggior distanza del centro cottura rispetto alle previsioni del bando*” sia in considerazione della acclarata illegittimità, in parte qua, della previsione del bando di gara richiedente la disponibilità di un centro cottura entro 15 Km dalla sede municipale, sia in considerazione della valutazione positiva delle modalità di trasporto in relazione ” *al tempo di percorrenza, ai contenitori degli alimenti ed al rispetto delle temperature degli alimenti, delle caratteristiche organolettiche, dei tempi di consegna*”.

Difatti, la ricorrente nel somministrare i pasti ha previsto contenitori speciali “*a carica frontale ultra durevoli*” in grado di contenere 40 pasti (contenitori UPCS400 per bacinelle Gastronorm in grado di contenere bacinelle, ossia pasti multipli di cibi caldi e freddi per ore)”.

Infine, quanto alla valutazione del personale indicato al punto 10 del capitolato, la valutazione effettuata dalla Commissione risulta del pari razionale e coerente con le prescrizioni della *lexspecialis* non prevedendo quest’ultima l’attribuzione di alcun punteggio per figure professionali aggiuntive privilegiandosi esclusivamente il “*piano di formazione ed aggiornamento del personale*”.

4. Conclusivamente, il ricorso principale deve essere respinto.

4.1. Sussistono giustificati motivi, in considerazione della complessità della vicenda, per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) accoglie il ricorso incidentale;
- b) respinge il ricorso principale;
- c) compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Patrizia Moro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2011

IL SEGRETARIO

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

