



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 1433 del 2010, proposto da:  
SOCIETÀ COOPERATIVA SERVIZI TEATRALI, rappresentata  
e difesa dagli avv. Giuseppe Manfredi e Danilo Biancospino, con  
domicilio eletto presso il secondo in Brescia, via Gramsci 30;

***contro***

COMUNE DI BERGAMO, rappresentato e difeso dagli avv. Vito  
Gritti e Silvia Mangili, con domicilio eletto presso la segreteria del  
TAR in Brescia, via Zima 3;

***nei confronti di***

SOCIETÀ COOPERATIVA CSC ANYMORE, rappresentata e  
difesa dall'avv. Lidia Redaelli, con domicilio eletto presso il  
medesimo legale in Brescia, via Solferino 30;

***per l'annullamento***

- dell'aggiudicazione alla controinteressata dell'appalto per l'esecuzione dei servizi dello spettacolo nel Teatro Donizetti e negli altri luoghi di spettacolo gestiti o utilizzati dal Comune;
- della comunicazione del presidente di gara del 2 novembre 2010;
- con richiesta di subentro e di risarcimento danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bergamo e della società cooperativa CSC Anymore;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla società cooperativa CSC Anymore;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2011 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Bergamo con bando del 5 ottobre 2010 ha indetto una procedura aperta avente ad oggetto l'appalto dei servizi dello spettacolo nel Teatro Donizetti e negli altri luoghi di spettacolo gestiti o utilizzati dal Comune (categoria 26 dell'allegato II-B del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163). Si tratta più in dettaglio delle seguenti attività (v. art. 2 del capitolato speciale): servizi di palcoscenico

(montaggio, smontaggio, carico e scarico delle scene), servizi di sala e guardaroba, servizi di biglietteria, direzione di palcoscenico, manutenzione di arredi e suppellettili del teatro, Info Point per abbonati e utenti.

2. Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio del prezzo più basso ai sensi dell'art. 82 comma 2 lett. b) del Dlgs. 163/2006. L'importo a base d'asta (escludendo IVA e oneri per la sicurezza) era pari a € 460.000 per il periodo 1 novembre 2010 – 31 ottobre 2012 (è stata inoltre prevista la possibilità di un rinnovo per altri due anni alle medesime condizioni).

3. Mediante nota del presidente di gara del 2 novembre 2010 alla ricorrente Cooperativa Servizi Teatrali scarl è stato comunicato che la gara era stata aggiudicata alla controinteressata Cooperativa CSC Anymore scarl, la quale aveva offerto un ribasso dell'11,1%. La ricorrente si è collocata al secondo posto con un ribasso pari al 7,47%.

4. Contro l'aggiudicazione la ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 25 novembre 2010 e depositato il 1 dicembre 2010. Oltre all'annullamento dei provvedimenti impugnati è stato chiesto il subentro nell'appalto e comunque il risarcimento del danno. Le censure ruotano attorno all'argomento centrale secondo cui la controinteressata non disporrebbe del requisito dell'esperienza quinquennale (né per la durata né per la tipologia dei servizi) e dovrebbe quindi essere esclusa.

5. Il Comune e la controinteressata si sono costituiti in giudizio chiedendo la reiezione delle domande della ricorrente. La controinteressata ha inoltre formulato ricorso incidentale lamentando la commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione (il bando chiede al paragrafo 16 un'esperienza quinquennale per la partecipazione e al paragrafo 20 un'esperienza quinquennale diversamente calcolata per la conferma dell'aggiudicazione).

6. Sulle questioni formulate nel ricorso principale si possono svolgere le seguenti considerazioni:

(a) in effetti il bando appare ambiguo perché al paragrafo 16 indica quale requisito di partecipazione un'esperienza nei servizi dello spettacolo di almeno 5 anni maturata alla data del 31 dicembre 2009 presso teatri di tradizione o fondazioni lirico-sinfoniche, mentre al paragrafo 20 richiede che il soggetto aggiudicatario comprovi la propria esperienza depositando i certificati rilasciati dai teatri di tradizione e dalle fondazioni lirico-sinfoniche “[in relazione] al quinquennio antecedente alla gara e fino al 31 dicembre 2009”;

(b) la prima disposizione pertanto considera valida qualunque esperienza maturata alla data del 31 dicembre 2009, purché di consistenza complessivamente pari a 5 anni, mentre la seconda sembra esigere un quinquennio di esperienza continuativo calcolato a ritroso dal 31 dicembre 2009, con esclusione dell'esperienza più lontana nel tempo;

(c) la controinteressata ha maturato l'esperienza utilizzata per la partecipazione alla gara tra il 1988 e il 1998 presso il Teatro Donizetti (svolgendo servizi di palcoscenico, di sala e di biglietteria). Dunque potrebbe essere ammessa in base al paragrafo 16 ma dovrebbe essere esclusa in base al paragrafo 20;

(d) nel caso di conflitto tra differenti disposizioni della disciplina di gara deve essere privilegiata l'opzione interpretativa che consente la più ampia partecipazione (v. CS Sez. VI 4 agosto 2009 n. 4903). Considerare utile solo l'attività svolta nel periodo prossimo alla gara costituirebbe una scelta sproporzionata e inutilmente restrittiva quando, come nel caso in esame, non siano indicate ragioni che inducono a ritenere non più idonea l'esperienza acquisita precedentemente;

(e) per questo aspetto quindi l'offerta della controinteressata è stata correttamente ammessa alla gara;

(f) sotto un diverso profilo la ricorrente contesta l'effettivo possesso dell'esperienza, in quanto dalla dichiarazione della controinteressata emerge che non tutte le attività rientranti nella categoria dei servizi teatrali sono state svolte per 5 anni (in particolare, il servizio di biglietteria risulta espletato solamente per 4 anni e 8 mesi, e mancano completamente la direzione di palcoscenico e l'Info Point);

(g) neppure questo rilievo è però sufficiente a determinare l'esclusione della controinteressata, in quanto si ritiene che ai fini della maturazione del requisito dell'esperienza quinquennale non sia

necessario, in mancanza di un'espressa disposizione in senso contrario, che ogni singola attività rientrante nell'oggetto dell'appalto sia stata svolta per 5 anni. Nel giudizio sull'esperienza la stazione appaltante, se non si è data regole più stringenti nella *lex specialis*, può certamente effettuare una ponderazione delle diverse attività praticate dai concorrenti, trascurando quelle marginali e focalizzando la propria attenzione su quelle che rivestono maggiore importanza. Allo stesso modo può considerare irrilevante il mancato svolgimento di alcune attività se nel complesso risultino espletate quelle che costituiscono la parte più impegnativa dell'appalto da aggiudicare;

(h) in proposito si possono richiamare i medesimi argomenti che impongono di non effettuare una lettura rigida del requisito dei "servizi identici". Nell'interpretazione di clausole di questo tipo deve sempre essere favorita la massima partecipazione, che a sua volta è una condizione per assicurare l'effettiva competizione nel mercato, e corrispettivamente deve essere dato il minimo rilievo alle formalità non necessarie (v. TAR Torino Sez. II 16 gennaio 2008 n. 40). La dimostrazione dell'affidabilità dei concorrenti per mezzo dell'esperienza pregressa non può infatti trasformarsi in una rendita di posizione per i soggetti economici che abbiano avuto rapporti continuativi con le stazioni appaltanti o che, specialmente nei settori dove la concorrenza è minore, abbiano avuto la possibilità di occupare per più tempo le poche nicchie di mercato disponibili;

(i) fatte queste premesse, la stazione appaltante si è comportata

correttamente, in quanto ha effettuato in modo ragionevole la ponderazione delle attività pregresse della controinteressata attribuendo maggiore rilievo ai servizi di palcoscenico e di sala (che sono la porzione più impegnativa dell'appalto). Allo stesso tempo la stazione appaltante ha assunto un atteggiamento liberale verso i servizi mancanti o svolti per un tempo insufficiente, evitando così di aggravare le condizioni di accesso a un settore come quello dei servizi teatrali che è oggettivamente ristretto e specializzato, e quindi non particolarmente aperto alla concorrenza.

7. Sul ricorso incidentale si possono svolgere le seguenti considerazioni:

(a) in primo luogo si osserva che non sussiste pregiudizialità rispetto al ricorso principale (v. CS Ap 7 aprile 2011 n. 4), perché il ricorso incidentale non contesta la legittimazione alla gara della ricorrente principale ma le regole stesse della gara. Se effettivamente vi fosse commistione tra i requisiti di partecipazione e i criteri di valutazione dell'offerta dovrebbe essere cancellata l'intera procedura, a causa del contrasto con il diritto comunitario (v. C.Giust. 24 gennaio 2008 C-532/06, Lianakis, punti 30-32). Questo priverebbe comunque la controinteressata dell'aggiudicazione ma la garantirebbe almeno rispetto all'eventualità del subentro della ricorrente principale. È evidente che la controinteressata ha interesse alla trattazione di un ricorso incidentale così impostato solo nell'ipotesi in cui il ricorso principale sia accolto, e quindi nell'ordine logico è necessario dare

priorità a quest'ultimo. Peraltro nel caso in esame, come si è visto sopra, non vi sono i presupposti per l'accoglimento del ricorso principale. A questo punto l'esame del ricorso incidentale viene effettuato per ragioni di completezza;

(b) nel merito non risulta alcuna commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione. A parte il fatto che il problema di tale commistione si pone quando il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre qui il bando prevede il criterio del prezzo più basso, si osserva che il requisito dell'esperienza quinquennale viene comunque in rilievo sempre e soltanto ai fini della partecipazione;

(c) tale requisito è infatti preso in considerazione dal bando una volta all'interno delle dichiarazioni da rendere al momento della presentazione della domanda (paragrafo 16) e una volta in relazione ai certificati che l'aggiudicatario deve produrre per comprovare la veridicità di quanto dichiarato (paragrafo 20). Il contrasto tra le predette clausole del bando riguarda esclusivamente le modalità di calcolo dell'esperienza, ed è parte della materia esaminata nel ricorso principale.

8. In conclusione il ricorso principale deve essere respinto, sia nella parte impugnatoria sia in quella risarcitoria, e parimenti deve essere respinto il ricorso incidentale. L'ambiguità del bando e la reiezione del ricorso incidentale consentono l'integrale compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

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

definitivamente pronunciando, respinge sia il ricorso principale sia il ricorso incidentale. Spese compensate.

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

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, Estensore

Stefano Tenca, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/09/2011

IL SEGRETARIO

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