N. 00547/2011 REG.PROV.COLL.

N. 00445/2011 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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 445 del 2011, proposto da: Artco Servizi Coop., rappresentato e difeso dall'avv. Luca De Pauli, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

contro

Comune di Rive D'Arcano, rappresentato e difeso dall'avv. Cosimo D'Alessandro, con domicilio eletto presso Cosimo D'Alessandro Avv. in Trieste, via Fabio Severo 19;

nei confronti di

Camst Soc. Coop. a.R.L., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di confezionamento e somministrazione pasti caldi agli alunni e insegnanti- triennio scolastico 2011/2012, 2012/2013, 2013/2014, di cui al verbale di gara n. 2 dd. 38.2011;

b) della determina n. 244 dd. 4.8.2011 del Comune di Rive d'Arcano, relativa al provvedimento di esclusione;
c) del presupposto verbale di gara n. 1 dd. 28.7.2011;
d) della nota del Comune prot. 5902 dd. 29.7.2011, recante richiesta di integrazione documentale;
e) della nota del Comune prot. 6021 dd. 4.8.2011, recante comunicazione del provvedimento di esclusione;
f) della determina reg. n. 2011 287 dd. 16.9.2011, nella parte in cui si respinge la richiesta inoltrata ai sensi dell'art. 243 bis d.lgs 163/2006 da parte della ricorrente;
g) del Bando di gara dd. 5.7.2011 nella parte in cui richiede ai concorrenti di avere la disponibilità di un centro di cottura, alternativo a quello messo a disposizione dal Comune;
h) del provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata, contenuto nel verbale n. 2 dd. 3.8.2011;
i) del provvedimento di aggiudicazione definitiva, nonchè per la declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato tra la Stazione appaltante e la controinteressata e per il risarcimento del danno

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Rive D'Arcano;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2011 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La ricorrente ArtCo Servizi Coop ha partecipato alla una procedura aperta per l'affidamento del servizio di confezionamento e somministrazione pasti caldi agli

alunni e insegnanti della scuola dell'infanzia triennio scolastico 2011/2012 - 2012/2013 - 2013/2014 (cod. CIG 2917184862, cod. gara 2959814) indetta dal Comune di Rive d'Arcano con Bando di Gara d.d. 5 luglio 2011.

Nel Bando era contenuta la prescrizione che:

"Al fine di sopperire ad eventuali circostanze che possano determinare l'indisponibilità straordinaria della cucina, con conseguente disagio agli utenti, la ditta che risulterà aggiudicataria dovrà impegnarsi ad avvalersi di una seconda cucina idonea a tutti gli effetti alla preparazione dei pasti oggetti del presente appalto entro la distanza stradale massima di 30 km dalla sede della mensa scolastica».

All'interno della voce «Requisiti di partecipazione», poi si specificava che <<per partecipare alla gara i concorrenti dovranno essere in possesso dei seguenti requisiti:

b) avere la disponibilità di un centro di cottura dimensionato ed autorizzato alla produzione ed al confezionamento dei pasti da asporto in linea con la vigente normativa e conforme a quanto previsto dal D. Leg.vo 155/1977 alternativo a quello messo a disposizione dal Comune di Rive d'Arcano nel caso questo fosse temporaneamente in utilizzabile per cause indipendenti dalla stazione appaltante, posto nel raggio di non più di 30 km dalla sede della scuola».

Le cause di esclusione dalla gara, precisamente specificate nel Bando, erano indicate nelle seguenti:

«L'esclusione della gara sarà determinata qualora:

• manchino adempimenti alle prescrizioni previste dal codice dei contratti, dal relativo regolamento di esecuzione e da altre disposizioni di legge vigenti

• incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta

• difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali

• non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione

altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che è stato violato il principio di segretezza delle offerte."

Oltre a quella della ricorrente perveniva solamente un'altra offerta, da parte del precedente gestore CAMST (odierna controinteressata).

In data 28 luglio 2011 si provvedeva alla apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa.

L'offerta di CAMST veniva ammessa senza riserve.

Quanto alla ricorrente, si rilevava che:

«1) alla cauzione provvisoria non è stata allegata copia della procura notarile, dalla quale sia rilevabile il corretto esercizio dei poteri di firma da parte del sottoscrittore o, in alternativa alla procura può essere allegata una dichiarazione resa ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, riportante i dati contenuti nella procura; qualora la cauzione sia rilasciata da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. 385/1993 che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio garanzie e siano a ciò espressamente autorizzati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, alla fidejussione deve essere allegata, a pena di esclusione, copia dell'autorizzazione ministeriale.

2) la dichiarazione del Comune di Paularo è priva dell'attestazione che il servizio è stato svolto in modo soddisfacente senza che sia stata comminata alcuna sanzione per errori o colpe nell'espletamento del servizio e senza l'instaurazione di alcun contenzioso».

Nel verbale era evidenziato altresì:

"il rappresentante della ditta CAMST contesta la validità della certificazione dei restanti due Comuni (Lignano Sabbiadoro e Porpetto) perché la società Jolly Service soc. coop. a r.l., a cui la ARTCO Soc. Coop. è subentrata il l" ottobre 2010 in virtù di affitto di ramo di azienda, si trova in stato di "concordato preventivo».

La Commissione, alla luce di quanto sopra, disponeva " che la ARTCO consegni all'Ufficio Protocollo la suddetta documentazione (procura notarile o dichiarazione sostitutiva riportante i dati della procura stessa con allegato documento di riconoscimento valido una nuova dichiarazione completa da parte del Comune di Paularo) e copia, dichiarata conforme all'originale, del contratto di affitto del ramo d'azienda della Jolly Service Soc. Coop. a r.l. entro le ore 12 di mercoledì 3 agosto 2011, pena l'esclusione dalla gara».

Tali richieste venivano trasfuse nella nota prot. 5902 d.d. 29 luglio 2011 del Comune di Rive d'Arcano, con la quale :«Al fine di poter ammettere codesta spett.le Soc. Coop. alla gara in oggetto indicata si chiede di consegnare alla scrivente Amministrazione - Ufficio Protocollo - la suddetta documentazione (procura notarile o dichiarazione sostitutiva riportante i dati della procura stessa con allegato documento di riconoscimento valido - una nuova dichiarazione completa da parte del Comune di Paularo) entro e non oltre le ore 11.00 di mercoledì 3 agosto 1011. pena l'esclusione dalla gara.

Entro la stessa data e con la stessa nota di accompagnamento si prega anche di consegnare copia, dichiarata conforme all'originale, del contratto di affitto del ramo d'azienda della Jolly Service Soc. Coop. a r.l.».

ArtCo produceva quanto richiestole entro il termine assegnato ma la Commissione nel corso della seduta del 3 agosto 2011 decideva di escluderla dichiarando che : «Analizzando invece il contratto d'affitto del ramo d'azienda richiesto alla Coop. ARTCO rileva che la Cooperativa medesima non ha la disponibilità dei beni aziendali (tra cui anche il centro di cottura di Tarcento) per tutto il periodo contrattuale (3 anni + 3 a partire dal 10 settembre 2011) ma soltanto per il periodo di 18 mesi a partire dal 01.10.2010.

La commissione ha poi accertato che la Soc. coop. Jolly Service, da cui la coop. ARTCO ha acquisito in affitto il ramo d'azienda, è soggetta a procedura

fallimentare. I relativi beni aziendali saranno quindi inevitabilmente messi all'asta compresi quelli affittati alla Cooperativa ARTCO (tra cui rientra anche il centro di cottura di Tarcento).

Accertato quindi, per i suddetti motivi, che la coop. ARTCO non ha la completa disponibilità dei requisiti tecnico - organizzativi richiesti dal bando di gara viene esclusa dalla gara medesima».

La gara era poi proseguita, con scrutinio della unica offerta superstite (quella formulata dal precedente gestore, CAMST), che alla fine veniva dichiarato l'aggiudicatario provvisorio.

Pertanto la ricorrente, dato che la sua richiesta di provvedere in autotutela è rimasta priva di effetto, ha proposto il presente ricorso con il quale si deduce, fra gli altri, il seguente motivo, che il Collegio ritiene fondato per le ragioni e nei termini che verranno di seguito precisati:

l. Violazione del principio della quanto più ampia partecipazione alle procedure di gara e della massima concorrenzialità - Sviamento - Violazione del principio di imparzialità - Violazione del principio di conservazione degli atti (art. 1367 cod. civ.) in relazione ai principi di diritto comunitario in materia di contratti pubblici e di concorrenzialità - Violazione di legge (art. 42 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e art. 48 dir. 31 marzo 2004, n. 18/2004/CE, in relazione al principio della proporzionalità e della adeguatezza) - Violazione del Bando di gara e del principio di tassatività delle cause di esclusione -Illogicità e contraddittorietà -Illegittimità derivata.

Si invoca la clausola del bando che prevedeva che :«Al fine di sopperire ad eventuali circostanze che possano determinare l'indisponibilità straordinaria della cucina, con conseguente disagio agli utenti, la ditta che risulterà aggiudicataria dovrà impegnarsi ad avvalersi di una seconda cucina idonea a tutti gli effetti alla preparazione dei pasti oggetti del presente appalto entro la distanza stradale

massima di 30 km dalla sede della mensa scolastica» e quindi faceva onere alla (sola) impresa aggiudicataria di munirsi di centro di cottura "di riserva" entro la distanza massima di 30 km dalla sede della mensa scolastica; se ne deduce quindi l'illegittimità dell'interpretazione datane dalla Stazione appaltante - in ciò "ispirata" dal rappresentante assai interessato di CAMST, precedente gestore e già dotato di un proprio centro cottura negli immediati paraggi - come tale da imporre, già all'atto di formulazione delle offerte, il possesso da parte dei partecipanti di un centro di cottura, pienamente operativo, e sito nel raggio di 30 km dalla sede della mensa di Rive d'Arcano, alla luce dei principi comunitari in materia di concorrenza e della più ampia partecipazione alle pubbliche gare.

In via subordinata viene impugnato anche il bando, nella parte in cui richiedeva ai concorrenti, tra i requisiti di partecipazione, di «b) avere la disponibilità di un centro di cottura dimensionato ed autorizzato alla produzione ed al confezionamento dei pasti da asporto in linea con la vigente normativa e conforme a quanto previsto dal D.. Leg.vo 155/1977 alternativo a quello messo a disposizione dal Comune di Rive d'Arcano nel caso questo fosse temporaneamente inutilizzabile per cause indipendenti dalla stazione appaltante, posto nel raggio di non più di 30 km dalla sede della scuola;"con disposizione cui si correlava alla stessa formulazione del "Modello l" da utilizzare per la formulazione dell'offerta (P.to 22) di avere la disponibilità di un centro cottura dimensionato ed autorizzato alla produzione ed al confezionamento di pasti da asporto in linea con la vigente normativa e conforme a quanto previsto dal D.Leg..vo 155/1977 alternativo a quello messo a disposizione dal Comune di Rive d'Arcano nel caso questo fosse temporaneamente inutilizzabile per cause indipendenti dalla stazione appaltante..

Si ricorda che ArtCo non solo si era impegnata a disporre di un centro di cottura nel raggio di 30 km dalla sede della mensa scolastica, ma addirittura già ne

disponeva di uno in Tarcento (per contratto di affitto di ramo di azienda con Jolly Service Soc. coop., in forza del quale era direttamente subentrata, ai sensi delle previsioni del codice civile, nel contratto di locazione ad uso non abitativo con il proprietario dell'immobile, contratto che consentiva alla ricorrente di disporre dell'immobile sino all'anno 2018, e quindi sino a ben oltre lo stesso periodo contrattuale.

Aderendo alla interpretazione fornita dal rappresentante di CAMST, presente durante le fasi di gara, la Commissione avrebbe completamente travisato la portata ed il senso della previsione contrattuale, pervenendo all'illegittima esclusione della ricorrente, illegittima anche perché disposta per un'ipotesi che il bando non prevedeva tra le cause di esclusione.

Il Comune resiste al ricorso ed eccepisce la tardività dell'impugnazione della clausola di bando. Tale tardività peraltro non sussiste perché trattasi, nel caso di specie, di clausola non immediatamente lesiva , tanto più che la ricorrente ha presentato domanda di partecipazione nell'assunto di aver dimostrato di possedere tale requisito. Le motivazioni che hanno indotto il Comune a ritenere il contrario vengono contestate con specifici motivi di ricorso sui quali il Collegio ritiene non necessario soffermarsi per economia di giudizio. Infatti il ricorso deve essere accolto perché la clausola di bando è illegittima e, conseguentemente, l'amministrazione deve rifare l'intera gara, conclusione a cui si giungerebbe in ogni caso anche se, per ipotesi, risultassero fondate le censure rivolte nei confronti dell'esclusione, dal momento che l'aggiudicazione è stata disposta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che l'attribuzione del punteggio tecnico ha chiaramente comportato un apprezzamento discrezionale delle varie voci componenti l'offerta tecnico qualitativa; pertanto, essendo ormai stata conosciuta ed apprezzata l'offerta della concorrente rimasta in gara, è evidente che non sarebbe più possibile garantire la necessaria trasparenza e par condicio.

Nel merito si deve anzitutto precisare che la clausola di bando impugnata aveva chiaramente un carattere prescrittivo riferito al momento della presentazione dell'offerta perché richiedeva la disponibilità del succitato centro cottura posto nel raggio di massimo 30 km dalla scuola tra i requisiti di carattere tecnico organizzativo richiesti per partecipare alla gara.

Le argomentazioni del comune circa la necessità di tale clausola al fine di garantire un servizio efficiente e rispettoso dei diritti dei fruitori del servizio sono del tutto prive di pregio perché tale garanzia – sicuramente opportuna e necessaria – viene tranquillamente assicurata richiedendo la dimostrazione del possesso di tale centro cottura prima della stipula del contratto e quindi includendo tra i requisiti di partecipazione unicamente l'impegno a dotarsene.

Invece è ictu oculi evidente che anticipare la richiesta di tale requisito al momento della partecipazione alla gara comporta un palese trattamento di favore per le imprese che già operano nel territorio, il che rende tale clausola illegittimamente discriminatoria e quindi palesemente contraria al principi comunitari in materia di concorrenza e della più ampia possibile partecipazione alle procedure di gara, nonchè in violazione dell'art. 42 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 48 della dir. 18/2004/CE, in relazione al principio della proporzionalità e della adeguatezza, come del resto chiarito da una ormai diffusa giurisprudenza (v. ad es. TAR Abruzzo, L'Aquila, 11.2.2010, n. 88, TAR Sicilia, Palermo, III, 24.9.2010, n. 10824)

Tale previsione è anche assolutamente illogica e contraddittoria perché, oltre a non avere alcuna giustificazione logica – come si è già detto la tutela asseritamente perseguita può e deve essere tranquillamente ottenuta spostando la verifica di tale requisito al momento successivo all'aggiudicazione ed antecedente alla stipula del contratto che sarà ovviamente condizionato alla dimostrazione del possesso di tale centro – è addirittura contrastante con l'indizione di una asserita "procedura aperta", posto che non ha alcun senso indire una gara che è in astratto aperta a

tutti quando si richiede ai singoli partecipanti, nella sostanza, di avere già un centro di cottura nelle immediate vicinanze.

Per tutte le considerazioni che precedono il ricorso deve essere accolto, con il conseguente annullamento, in primis, del Bando di gara in parte qua e di tutte le previsioni ivi contenute che facciano riferimento al requisito di partecipazione sopracitato, ivi compreso il p.to 22 del "Modello 1") e, conseguentemente, di tutti gli altri atti impugnati relativi allo svolgimento e conclusione della gara.

La richiesta di risarcimento danni non può, ovviamente, essere accolta dato che in questa fase il mero accoglimento del ricorso appare satisfattivo delle aspettative di parte ricorrente.

L'amministrazione dovrà pertanto, in corretta esecuzione della presente sentenza, procedere alla riedizione dell'intera gara a partire dalla pubblicazione del bando depurato della previsione relativa al succitato illegittimo requisito.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Rive d'Arcano a rifondere alla parte ricorrente le spese e competenze del presente giudizio liquidate in complessivi € 3.000,00 + IVA e CPA oltre all'importo del contributo unificato ai sensi di legge.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

Rita De Piero, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/11/2011

IL SEGRETARIO

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