



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1413 del 2012, proposto da:

- Marr S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giovanni Boldrini, Marco Boldrini e Teo Quarzo, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Via F.lli Gabba n. 5;

contro

- l'Azienda Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli" di Milano, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Ivan Martin Mollichella e Giangiacomo Ruggeri, ed elettivamente domiciliata in Milano, Via Olmetto n. 6, presso la sede dell'Azienda;

per l'annullamento

- del bando di gara avente ad oggetto una procedura aperta indetta dalla Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli" di Milano per l'aggiudicazione della fornitura di derrate alimentari occorrente agli Istituti geriatrici amministrati, pubblicato in data 30 aprile 2012 sulla Gazzetta Ufficiale;
- del disciplinare di gara, punto 10 dello stesso;
- dei chiarimenti forniti in data 17 maggio 2012 dall'A.S.P. "Golgi – Redaelli", a fronte di una richiesta pervenuta dalla ricorrente MARR S.p.a., ivi compresa, per quanto occorrer possa, l'eventuale aggiudicazione provvisoria e/o definitiva;
- nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso;
- nonché per il risarcimento dei danni derivanti dagli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli" di Milano;

Vista l'ordinanza n. 881/2012 con cui è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia;

Vista l'ordinanza n. 3478/2012 con cui la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha accolto l'appello avverso la pronuncia cautelare di questo Tribunale e disposto la sollecita fissazione dell'udienza di merito della controversia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Designato relatore il primo referendario Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 4 dicembre 2012, i procuratori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 29 maggio 2012 e depositato il 4 giugno successivo, la ricorrente ha impugnato il bando di gara avente ad oggetto una procedura aperta indetta dalla Azienda di Servizi alla Persona "Golgi - Redaelli" di Milano per l'aggiudicazione della fornitura di derrate alimentari occorrente agli Istituti geriatrici amministrati, pubblicato in data 30 aprile 2012 sulla Gazzetta Ufficiale, unitamente al punto 10 del disciplinare di gara e ai chiarimenti forniti in data 17 maggio 2012 dall'A.S.P. "Golgi - Redaelli", a fronte di una richiesta pervenuta dalla medesima ricorrente. E' stato altresì chiesto il risarcimento del danno.

A sostegno del ricorso vengono dedotte le censure di illegittimità del bando, del punto 10 del disciplinare di gara e dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante per violazione dell'art. 41 della Costituzione, dell'art. 48 della Direttiva CE 2004/18, dell'art. 42, comma 1, lett. a, e comma 3, del D.Lgs. n. 163 del 2006, della legge n. 241 del 1990, di violazione dei principi di imparzialità e buon andamento, logicità, ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, par condicio e apertura del mercato.

Con riguardo ad un primo profilo, le censure sopra evidenziate si appuntano verso l'adeguatezza e proporzionalità dei requisiti previsti dal bando secondo cui la partecipazione alla gara de quo sarebbe stata consentita soltanto ad un soggetto che avrebbe effettuato forniture presso una struttura sanitario/assistenziale, escludendo quelle equiparabili. Ciò sarebbe illegittimo, in quanto nessuna esigenza di carattere tecnico avrebbe imposto di dimostrare l'idoneità attraverso la fornitura di derrate alimentari esclusivamente in favore di strutture similari rispetto a quelle sanitario/assistenziali. Del resto, la necessità di individuare soggetti con requisiti di idoneità e affidabilità tali da consentire all'Amministrazione di poter ottenere con certezza il prodotto richiesto, non potrebbe giungere fino al completo sacrificio della libertà di iniziativa economica e del correlato principio della massima partecipazione alle gare. Oltretutto il bando impugnato sarebbe viziato anche nella parte in cui ha previsto che, nell'eventualità della partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo, il requisito dell'effettuazione di una fornitura per un importo di € 1.500.000 presso un'unica struttura sanitario/assistenziale nel triennio precedente deve essere posseduto per intero da almeno uno dei partecipanti al raggruppamento stesso.

Ulteriormente, i requisiti richiesti dalla stazione appaltante non potrebbero eccedere i limiti rappresentati dalla logicità e dalla ragionevolezza, in relazione allo scopo perseguito. Nel caso di specie sarebbe stato richiesto, illegittimamente, il requisito di aver effettuato una fornitura nel triennio 2009-2011 per un importo pari ad € 1.500.000 nei confronti di un'unica struttura, senza esplicitare le ragioni di una tale richiesta, anche in considerazione della circostanza che l'Azienda resistente mira a individuare un fornitore per le sue tre strutture assistenziali site in tre Comuni diversi (Milano, Vimodrone e Abbiategrasso). Di conseguenza, la ricorrente, pur avendo eseguito forniture di derrate alimentari per una pluralità di strutture sanitarie e per importi complessivi ben superiori a quello posto a base d'asta, non potrebbe partecipare alla procedura de quo, non avendo effettuato una fornitura presso un'unica struttura sanitaria per l'importo previsto dal bando. Del resto, la stazione appaltante avrebbe potuto ben garantirsi nel perseguimento delle sue finalità individuando dei requisiti di aggiudicazione - da distinguere da quelli di partecipazione - molto rigidi e selettivi.

Si è costituita in giudizio l'Azienda Servizi alla Persona "Golgi - Redaelli" di Milano, che ha chiesto il rigetto del ricorso, evidenziando l'omissione dell'informativa in ordine all'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale ex art. 243-bis del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Con ordinanza n. 881/2012 è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia. Con ordinanza n. 3478/2012 la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha accolto l'appello avverso la pronuncia cautelare di questo Tribunale e disposto la sollecita fissazione dell'udienza di merito della controversia.

In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive posizioni. In particolare, l'Azienda resistente ha eccepito l'inammissibilità del primo motivo di ricorso in ordine ai requisiti richiesti agli eventuali componenti di un Raggruppamento temporaneo, atteso che la ricorrente non avrebbe dato prova dell'intenzione di partecipare associandosi ad altre imprese del settore.

Alla pubblica udienza del 4 dicembre 2012, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

2. Con l'unica articolata censura di ricorso, sviluppata attraverso due differenti profili, la ricorrente assume l'illegittimità dell'impugnato bando di gara e degli atti allo stesso collegati giacché sarebbero stati individuati dei requisiti di partecipazione assolutamente sproporzionati e irrazionali, atteso che la partecipazione alla gara de quo sarebbe stata consentita soltanto ad un soggetto che avrebbe effettuato forniture presso una struttura sanitario/assistenziale, escludendo quelle equiparabili, del valore minimo di € 1.500.000, in assenza di comprovate esigenze di carattere tecnico; ciò sarebbe oltretutto in evidente contraddizione con la circostanza che l'Amministrazione procedente ha richiesto la fornitura per una pluralità di presidi dalla stessa gestiti. In tal modo si sarebbe determinato il completo sacrificio sia della libertà di iniziativa economica che del correlato principio della massima partecipazione alle gare. Il bando impugnato sarebbe viziato anche nella parte in cui ha previsto che, nell'eventualità della partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo, il requisito dell'effettuazione di una fornitura per un importo di € 1.500.000 presso un'unica struttura sanitario/assistenziale nel triennio precedente deve essere posseduto per intero da almeno uno dei partecipanti al raggruppamento stesso.

2.1. Le doglianze sono fondate.

Con riferimento a quest'ultima circostanza, ovvero ai requisiti richiesti ai partecipanti ad un eventuale raggruppamento temporaneo di imprese, si può richiamare quanto affermato di recente dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ovvero che "la disciplina dei raggruppamenti d'impresa in materia di contratti pubblici è finalizzata a consentire, attraverso il principio del cumulo dei requisiti, la partecipazione congiunta di una pluralità di operatori economici anche di ridotte dimensioni a gare di appalti di notevole entità e, al contempo, a consentire la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante attraverso la valorizzazione dell'unione delle risorse e delle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie di più imprese, con ampliamento delle garanzie per la stessa stazione appaltante" (13 giugno 2012, n. 22).

2.2. Pertanto tale parte della censura è fondata.

2.3. A tal proposito, l'eccezione, formulata dall'Amministrazione nell'ultima memoria e riguardante l'assenza di idonea dimostrazione da parte della ricorrente in ordine alla sua intenzione di partecipare alla gara raggruppandosi con altri operatori, va respinta in ragione dell'avvenuta tempestiva impugnazione del bando di gara, finalizzata proprio alla rimozione della clausola lesiva delle possibilità della ricorrente di prendere parte alla procedura, anche associandosi con altri operatori. Del resto, la chiara preclusione contenuta nella lex specialis avrebbe reso del tutto illogica e inutile la costituzione di un Raggruppamento privo dei requisiti dalla stessa imposti e destinato, pertanto, soltanto ad agire in sede giurisdizionale per proporre l'impugnazione del bando.

3. Nemmeno i restanti requisiti previsti nella legge di gara possono ritenersi congrui e proporzionati rispetto al tipo

di fornitura per cui è stata bandita la gara.

Difatti, se è legittimo parametrare l'importo delle forniture pregresse, individuate quali requisiti di capacità, rispetto ad un valore prossimo a quello dell'appalto di riferimento, le modalità di esecuzione, e in genere i requisiti di natura tecnica e organizzativa, devono invece essere messi a punto in relazione al tipo di fornitura o servizio da effettuare (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, II ter, 8 giugno 2012, n. 5221).

Nello specifico una fornitura di derrate alimentari non sempre si diversifica in modo sostanziale con riguardo alla specifica veste del soggetto destinatario della stessa, soprattutto allorquando si fa riferimento a determinate tipologie di enti od organismi (mense scolastiche, ospedaliere, di comunità, ecc.), ma rinviene le proprie peculiarità con riferimento ad altri elementi, quali ad esempio le distanze da percorrere per effettuare la fornitura, l'unicità del presidio da fornire, la diversificazione delle varietà di prodotti da reperire e la loro qualità, ecc.

Inoltre, la richiesta della stazione appaltante di riferire le forniture ad un unico presidio, quale destinatario delle stesse, appare del tutto illogica e arbitraria se rapportata alla circostanza che la procedura in oggetto si riferisce ad una fornitura di derrate alimentari destinata a tre strutture assistenziali gestite dall'Azienda resistente e site in tre Comuni diversi.

Anzi in tal caso sarebbe stato probabilmente più coerente richiedere un requisito diverso e per certi versi speculare rispetto a quello contestato in questa sede, ossia aver fornito strutture composte da diversi presidi, in modo tale da graduare l'oggetto dell'appalto sulla propria realtà e peculiarità organizzativa.

3.1. In conseguenza di ciò, va accolta anche la parte della censura che assume l'illogicità, l'irragionevolezza e la sproporzione delle clausole della lex specialis.

4. In conclusione il ricorso va accolto e, per l'effetto, va annullato il bando di gara e gli atti impugnati con lo stesso ricorso, secondo quanto specificato in precedenza.

5. La domanda di risarcimento del danno formulata dalla parte ricorrente deve essere rigettata, giacché l'accoglimento del ricorso pone la Marr S.p.a. nelle condizioni di partecipare ad una nuova gara da indire attraverso un bando emendato dalle illegittimità riscontrate, con la concreta possibilità di ottenere il risarcimento in forma specifica (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 24 ottobre 2011, n. 2540; T.A.R. Sicilia, Catania, III, 9 luglio 2010, n. 2952).

6. Le spese – da compensare parzialmente per omissione della comunicazione del c.d. preavviso di ricorso di cui all'art. 243-bis del D. Lgs. n. 163 del 2006 da parte della ricorrente – sono poste a carico dell'Azienda resistente e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti con lo stesso ricorso impugnati; respinge la domanda di risarcimento del danno.

In parte compensa le spese di giudizio e in parte condanna l'Azienda resistente al pagamento delle stesse in favore della parte ricorrente nella misura di € 2.000,00 (duemila/00), oltre I.V.A. e C.P.A., come per legge; dispone, altresì, il rimborso del contributo unificato a favore della parte ricorrente sempre a carico dell'Azienda resistente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 4 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Antonio De Vita, Primo Referendario, Estensore

Maurizio Santise, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2012

IL SEGRETARIO

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