



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 Emilia Romagna  
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1070 del 2011, proposto da:  
Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. ti Davide Moscuza, Angelo Scalone e Filippo Martinez, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Bologna, Via S. Stefano, n. 43;

***contro***

Comune di Argelato, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Bonetti, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, Via Altabella, n. 3;

***nei confronti di***

Marangoni S.r.l., in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. ti Piero Lotti e Donatella Valsania, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Bologna, Via Barberia, n. 13;

*per l'annullamento*

- della determinazione soc./63 del Comune di Argelato del 2 agosto 2011 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del "Servizio di refezione scolastica e sociale anni scolastici 2011/2012 - 2012/2013 - 2013/2014 e di eventuale proroga per ulteriori tre anni scolastici", comunicata in pari data a Dussmann Service con nota prot.n.9603;
  - dei verbali di gara (del 4,5,6,7,12 e 14 luglio 2011 e del 1 agosto 2011) nella parte in cui la Commissione giudicatrice non ha escluso l'offerta della Marangoni srl per mancanza dei requisiti di partecipazione alla gara e ha invece aggiudicato provvisoriamente a quest'ultima il servizio de quo, ritenendo congrua la relativa offerta;
  - della nota prot. 9586 del 2 agosto 2011, con la quale la Stazione appaltante ha comunicato alla Dussmann Service di ritenere rispettato, da parte della Marangoni srl il requisito del possesso del Centro cottura di emergenza;
  - di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale, connesso e/o collegato, anche se non conosciuto;
- nonchè, in via subordinata, dell'interno procedimento di gara e di ogni atto e provvedimento di cui lo stessi si compone;
- di ogni altro atto e/o provvedimento precedente, successivo, consequenziale, connesso e /o collegato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Argelato e di

Marangoni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2011 il dott. Giovanni Sabato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 5 settembre 2003 e ritualmente depositato il successivo 15 novembre, la Dussmann Service s.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, ha impugnato i provvedimenti, meglio distinti in epigrafe, con i quali il Comune di Argelato ha definitivamente aggiudicato in favore della controinteressata Marangoni S.r.l. il “Servizio di refezione scolastica e sociale anni scolastici 2011/2012 – 2012/2013 – 2013/2014 ed eventuale proroga per ulteriori tre anni scolastici”.

La ricorrente, classificatasi al secondo posto in graduatoria, ha premesso, in punto di fatto, che la ditta risultata aggiudicataria all'esito della gara, al fine di assicurare il requisito speciale di partecipazione consistente nella disponibilità di un centro cottura nei casi di emergenza, si era avvalsa dell'impresa ausiliaria Self Market.

La società ha pertanto sollevato le seguenti censure:

1) violazione degli artt. 42, 48 e 49 D.Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 48 Direttiva 2004/187CE. Violazione della lex specialis (artt. 10, 11 e

13 del bando; artt. 3, 6 e 11 del Capitolato Speciale d'Appalto) – eccesso di potere per gravissimo difetto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza, omessa motivazione, travisamento di fatti – violazione degli artt. 3 e 97 Cost., in quanto; l'aggiudicataria, che si è avvalsa di altra impresa per assicurarsi la disponibilità di un centro cottura in caso di emergenza, avrebbe violato la normativa in materia di avvalimento per il fatto che dell'autorizzazione sanitaria è titolare l'ausiliaria ed essa non si trasferirebbe all'aggiudicataria; nel contratto di avvalimento non risulterebbero indicate le ricorse messe a disposizione; il centro cottura non sarebbe pienamente utilizzabile in caso di emergenza;

2) violazione della *lex specialis* (artt. 10, 11 e 13 del bando; artt. 3, 6 e 11 del Capitolato Speciale d'Appalto) – violazione degli artt. 42, 48 e 49 D.Lgs. n. 163 del 2006 – eccesso di potere per gravissimo difetto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza, omessa motivazione, travisamento di fatti – violazione degli artt. 3 e 97 Cost., in quanto il centro cottura oggetto di avvalimento non avrebbe capacità produttiva adeguata e sufficiente;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. b), c) e m-ter) del D.Lgs. n. 163 del 2006 – violazione e falsa applicazione della *lex specialis* (artt. 11 e 13) – eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e irragionevolezza, omessa motivazione – violazione del principio di trasparenza, omessa motivazione – violazione del principio di trasparenza dell'agire amministrativo –

violazione degli artt. 3 e 97 Cost., atteso che l'aggiudicataria non avrebbe comprovato l'insussistenza delle cause di esclusione di cui alla citata norma del Codice appalti;

4) violazione della lex specialis (artt. 10, 11, 13 e 18 del bando; art. 17 del Capitolato Speciale d'Appalto) – violazione degli artt. 42, 48 e 71 D.Lgs. n. 163 del 2006 – eccesso di potere per gravissimo difetto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza, omessa motivazione, travisamento di fatti – violazione degli artt. 3 e 97 Cost., in quanto l'aggiudicataria avrebbe omesso di dichiarare, come prescritto dalla lex specialis, di “essere inserita nel sistema di controllo...”;

5) in subordine: violazione della lex specialis – violazione dell'art. 71 D.Lgs. n. 163 del 2006 – eccesso di potere per sviamento della funzione, difetto di istruttoria, omessa motivazione, illogicità ed irragionevolezza – violazione degli artt. 3 e 97 Cost., essendo tardivo rispetto al termine stabilito per la ricezione delle offerte il chiarimento preliminare reso dalla Commissione di gara.

La ricorrente ha concluso per l'annullamento, previa sospensiva, degli atti impugnati.

Il Comune di Argelato si è costituito in giudizio resistendo.

Si è costituita anche la ditta Società Marangoni S.r.l. resistendo.

La difesa della controinteressata ha replicato alle deduzioni di parte ricorrente nel senso che segue: la Marangoni S.r.l. avrebbe comprovato la disponibilità del centro cottura secondo quanto stabilito dalla lex specialis, la quale peraltro non avrebbe prescritto

particolari modalità di gestione del personale e delle procedure da osservarsi; l'Autorizzazione sanitaria nella titolarità dell'ausiliaria sarebbe di 1.000 pasti complessivi e quindi ampiamente adeguata rispetto all'appalto; la disciplina vigente all'epoca cui risale la gara non avrebbe richiesto la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di ordine generale anche al socio unico, la cui omissione non avrebbe pertanto alcuna rilevanza; la dichiarazione resa in ordine all'inserimento nel sistema di controllo sarebbe perfettamente conforme al chiarimento reso dalla Commissione di gara; non sarebbe applicabile alla gara de qua l'art. 71 del codice dei contratti pubblici in ordine alla tempestività delle informazioni complementari rese dalla commissione.

La controinteressata ha concluso per il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 25 novembre 2011, la domanda cautelare, avanzata in via incidentale dal ricorrente, è stata respinta, con decisione riformata in seconde cure (ord. C. Stato, n. 4927/11 dell'8 novembre 2011).

Alla pubblica udienza del 15 dicembre 2011, il ricorso, sulle conclusioni delle parti costituite, è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso è infondato.

Con il primo motivo di gravame, parte ricorrente assume che la controinteressata Marangoni S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché non avrebbe dimostrato di avere la disponibilità di un centro cottura per la predisposizione dei pasti nei casi di

emergenza, come previsto dall'art. 10, lett. e) del bando; ciò perché sarebbe violato l'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e l'art. 48 della Direttiva 2004/18/CE, perché << la prestazione...non sarebbe eseguita con le risorse dell'impresa ausiliaria che "presta" il requisito tecnico (i.e. il possesso di un centro cottura con relativa autorizzazione sanitaria, presso il quale il titolare può svolgere attività di preparazione pasti), ossia dall'impresa ausiliaria autorizzata dalla ASL – ma direttamente – e, quindi, inammissibilmente – dall'impresa concorrente, che non possiede appunto il requisito e non è soprattutto autorizzata a preparare i pasti presso quella struttura >>.

La censura è infondata, alla luce del tenore della disciplina di *lex specialis* e della stessa autorizzazione sanitaria n. 34/2002, intestata all'impresa ausiliaria Self Market S.n.c., in quanto quest'ultima prevede, a proposito del personale da utilizzare presso la struttura, che lo stesso sia "munito di libretto di idoneità sanitaria vidimato dalla competente Azienda U.S.L." per tal via imponendo generici requisiti soggettivi che ben possono essere soddisfatti anche dal personale utilizzato dalla impresa avvalentesi, ossia dalla Marangoni S.r.l.. Non sfugge al Collegio l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa nel senso che "non è indifferente per l'amministrazione il fatto che l'autorizzazione sanitaria sia intestata direttamente al concorrente, ovvero a un terzo non partecipante, titolare del centro cottura, che ponga il centro stesso a disposizione del candidato, poiché la responsabilità del titolare dell'autorizzazione

sanitaria (che viene rilasciata intuitu personae, sulla base dei requisiti del solo soggetto richiedente) è personale e non potrebbe l'amministrazione stessa, in caso di carenze igienico-sanitarie allo stesso addebitabili, attivarsi e rivalersi, all'occorrenza, nei suoi confronti - in quanto soggetto terzo - con la stessa efficacia con la quale potrebbe agire nei riguardi del soggetto aggiudicatario, controparte contrattuale” (cfr. T.A.R Puglia Bari, sez. I, 21 novembre 2006, n. 4065). Orbene, trascorrendo al versante della disciplina di gara, non emerge alcuna previsione della stessa, nel caso di specie, che imponga l'intestazione dell'autorizzazione sanitaria in capo all'impresa partecipante alla selezione ovvero richieda una particolare conformazione del rapporto intercorrente con l'impresa ausiliaria.

Il Collegio ritiene peraltro di aderire al ben delineato orientamento giurisprudenziale nel senso che “sia rilevante l'autorizzazione sanitaria del soggetto titolare del centro cottura, indipendentemente dalla natura del rapporto che lo lega all'offerente ( Cfr T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 08 novembre 2000 , n. 4312, per cui nella gara d'appalto per l'affidamento del servizio di ristorazione dei degenti nei presidi ospedalieri, la clausola del bando che prescriva quale requisito di ammissione la produzione in copia autentica dell'autorizzazione sanitaria rilasciata alla ditta partecipante in ordine ai locali adibiti a centro di cottura , deve intendersi rispettata anche nel caso in cui l'autorizzazione "de qua" risulti intestata non alla ditta partecipante,

ma al titolare del centro di cottura , di cui la prima comprovi l'acquisita disponibilità )” (cfr. TAR Lombardia Milano, I, n. 1796 del 17/4/2007).

Il profilo di censura va quindi disatteso.

Per quanto attiene la doglianza relativa alla mancata indicazione delle risorse che assicurano la effettiva disponibilità del requisito, non emergono, a parere del Collegio, elementi in grado di revocare in dubbio la effettiva disponibilità delle stesse in capo alla Marangoni s.r.l.. Nemmeno posso assumere il rilievo auspicato in ricorso le considerazioni circa le difficoltà operative che in astratto possono derivare dall'avvicendamento del personale nella utilizzazione della struttura messa a disposizione, anche in considerazione della natura emergenziale della prestazione da espletare mediante il suo utilizzo, in quanto tali possibili criticità possono al più rilevare nella fase esecutiva del rapporto, con conseguente attivazione di profili di responsabilità contrattuale, ma non si traducono nel preteso difetto del requisito di partecipazione, come imposto dalla generica disciplina di bando.

Tanto è sufficiente per la reiezione del motivo in esame.

Non convince altresì la censura relativa alla insufficiente capacità produttiva del centro cottura messo a disposizione della Self Market, come denunciato con il secondo mezzo sulla base dell'assunto che sarebbe in grado di produrre soltanto 500/600 pasti da asporto rispetto agli oltre 750 richiesti per il corretto espletamento della

prestazione. L'infondatezza della censura si deve proprio al tenore dell'autorizzazione sanitaria n. 34/2002, intestata alla suddetta impresa, atteso che la capacità complessiva della struttura comprende anche "il self service con preparazione e somministrazione all'ora di pranzo di circa 400 pasti al giorno". Va effettuata la sommatoria dei due coefficienti numerici, non emergendo alcuna ragione per cui si debba operare un distinguo a seconda che, secondo la normale dinamica operativa, ovviamente modificabile in base alle esigenze, i pasti siano da consumare all'esterno della struttura (da asporto) ovvero in loco (self service), al fine di determinare la sua capacità produttiva complessiva.

Il mezzo va quindi disatteso.

Con il terzo motivo di ricorso si assume la violazione dell'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, per avere la Marangoni omesso di comprovare il possesso dei requisiti soggettivi di ordine generale nei confronti del socio unico persona fisica, Roberto Marangoni, come previsto dalla recente normativa di riforma introdotta dal d.l. n. 70/2011. Tale disciplina in effetti ha innovato con riferimento alla causa di esclusione disciplinata dall'art. 1, comma 1, lett. b), (previste per i destinatari di una misura di prevenzione, o che abbiano riportato condanne penali per alcune tipologie di reati, caratterizzati dalla finalità di stampo mafioso), in quanto all'elenco dei soggetti interessati dalla disposizione (titolare o direttore tecnico per imprese individuali; socio o direttore tecnico per società in nome collettivo;

soci accomandatari o direttore tecnico per società in accomandita semplice; amministratori con poteri di rappresentanza o direttore tecnico per altre società), vengono aggiunti il socio unico persona fisica o il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci. La previsione è inserita dal comma 2, lett. b), n. 1.1, dell'art. 4 del D.L. n. 70/11, e ha portata estensiva delle responsabilità configurate dal Legislatore nell'articolo indicato e la *ratio* della sua introduzione si riferisce ai casi specifici in cui la società faccia capo ad un unico socio di riferimento, o, comunque, sia una piccola realtà facente capo al socio di maggioranza. Tale è la situazione nella quale ricade la Marangoni, come pacificamente ammesso dalle parti, in quanto presenta un socio unico nella persona di Roberto Marangoni, rispetto al quale non ha avuto luogo la dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione a norma del così riformato art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

Ai fini della disamina della censura occorre da subito rilevare che la domanda di partecipazione alla gara è stata resa dalla Marangoni utilizzando la modulistica predisposta dalla Stazione Appaltante, la quale richiedeva la sussistenza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 in capo soltanto all'amministratore munito dei poteri di rappresentanza e del direttore tecnico. Ritiene quindi il Collegio che si attagli alla fattispecie in esame il principio sancito in sede pretoria, rispondente ad imprescindibili esigenze

connesse alla salvaguardia del favor admissionis, secondo cui non risponde con l'esclusione il concorrente che sia incorso in una violazione di legge attraverso la compilazione di una modulistica approntata dalla stessa Stazione Appaltante. L'intervento dello jus superveniens, tale da integrare il disposto dell'art. 38 al quale il bando faceva espresso rinvio, in epoca (14 maggio 2011) antecedente alla pubblicazione del bando di gara (20 maggio 2011), avrebbe dovuto indurre l'Amministrazione ad adeguare la formulazione dei moduli approntati per la predisposizione delle domanda di partecipazione alla gara. Invero, "l'applicazione dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa, in correlazione con la generale clausola di buona fede che informa l'azione amministrativa nel suo complesso, impedisce che le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante, con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura" (T.A.R Calabria Reggio Calabria, sez. I, 18 agosto 2008, n. 438).

Mette conto comunque osservare che, nelle fasi successive della gara, il Comune di Argelato ha richiesto alla Marangoni la documentazione relativa al possesso dei requisiti di partecipazione ai sensi dell'art. 38 anche nei riguardi del socio unico (v. doc. 16 e 17 della memoria del Comune resistente).

La censura in esame va quindi disattesa siccome destituita di fondamento.

Nemmeno convince la censura di cui al quarto motivo di ricorso, con il quale si valorizza a fini pretesamene vizianti la circostanza che la dichiarazione resa dalla Marangoni in ordine all'inserimento nel "sistema di controllo" non è conforme a quanto richiesto dalla disciplina di bando al punto 16) del modello allegato, in quanto essa risulta conforme al chiarimento reso dalla Commissione durante la prima seduta di gara e richiesto dall'impresa prima della predisposizione dell'offerta. Da ciò deriva l'insussistenza della invocata fattispecie escludente, a prescindere dalla illegittimità del chiarimento per la pretesa tardività, essendo peraltro giustificato dalla oggettiva equivocità della previsione di bando alla quale si riferisce.

Anche il motivo in esame va quindi disatteso perché infondato.

Non convince infine il quinto ed ultimo motivo di ricorso, che pertanto va respinto, in quanto non emergono spiragli applicativi in favore della norma in tale sede invocata, di cui all'art. 71 del D.Lgs. n. 163/2006, in ordine alla tempestività della richiesta di chiarimento, avuto riguardo a quanto stabilito dal punto 2) del bando circa la individuazione della normativa di riferimento, espressamente ricondotta alle sole disposizioni richiamate dall'art. 20 del d.lgs. n. 163/06, tra le quali non figura l'art. 71.

In conclusione, il ricorso è del tutto infondato e pertanto va respinto. Sussistono nondimeno giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, tenuto conto del carattere interpretativo della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna  
(Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1070/2011, come in  
epigrafe proposto da Dussmann Service S.r.l., lo respinge, come da  
motivazione.

Spese compensate.

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 15  
dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Bruno Lelli, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2011

IL SEGRETARIO

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