



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3341 del 2011, proposto da:
Pulitori ed Affini S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso l'avv. Riccardo Marletta in Milano, piazza E. Duse, 3

contro

Comune di San Donato Milanese, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Giuliano, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via F. Cavallotti, 13

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Coopservice Soc. Coop. P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Elena Guiducci, con

domicilio eletto presso l'avv. Marina Giorgina Maria Massironi in Milano, piazza San Babila, 4/A;

Legacoop Servizi - Associazione Nazionale Cooperative di Servizi, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Di Ienno, con domicilio eletto presso la segreteria del Tar in Milano, via Corridoni, 39;

Fise - Federazione Imprese di Servizi, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Bellocchio, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Marina, 6

per l'annullamento

del bando di gara, in parte qua, con cui il Comune di S. Donato Milanese ha indetto al gara per l'affidamento del servizio di pulizia degli immobili comunali e del disciplinare di gara, previa disapplicazione dell'art. 286 del D.P.R. n. 207 del 2010, nonché di tutti gli altri atti connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Donato Milanese;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2012 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente impugna il bando della gara indetta dal Comune per l'affidamento del servizio di pulizia degli stabili comunali per i seguenti motivi:

I) illegittimità della clausola del bando di gara che richiedeva, ai fini della partecipazione, un indice medio di indipendenza finanziaria desumibile dai dati dell'ultimo bilancio approvato non inferiore a 0,60, in quanto escludente la ricorrente dalla partecipazione alla gara. Tale disposizione contrasterebbe con l'art. 41 del Codice e sarebbe comunque illegittima per violazione del principio di proporzionalità e per disparità di trattamento;

II) Violazione dell'art. 53 della direttiva n. 18/2004, dell'art. 83 del Codice degli appalti ed eccesso di potere nella parte in cui il bando ed il disciplinare di gara determinano la formula per l'attribuzione del punteggio economico. Secondo la ricorrente la formula utilizzata, che è conforme a quella prevista dall'art. 286, comma 6 del DPR 207/2010, norma che dovrebbe, di conseguenza, essere disapplicata, violerebbe la normativa comunitaria in quanto trasformerebbe il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in quello del prezzo più basso. Infatti ad un piccolo mutamento del prezzo si verificherebbero conseguenze anormalmente amplificate nel punteggio finale. Tale criterio, e quindi l'art. 286 del Regolamento, inoltre violerebbero l'art. 83 del Codice in quanto, azzerando il peso dell'offerta tecnica negli appalti di servizi di pulizia, snaturerebbero il

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ha chiesto quindi il risarcimento dei danni.

La difesa comunale ha chiesto la reiezione del ricorso.

Con ricorso ad adiuvandum gli intervenienti hanno chiesto l'accoglimento del ricorso.

All'udienza del 14 aprile 2012 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. Il primo motivo di ricorso è fondato.

La clausola relativa all'indice di indipendenza finanziaria appare manifestamente sproporzionata, avuto riguardo al valore posto a base della gara, alla natura del servizio, nonché agli ulteriori requisiti richiesti per comprovare la capacità economico-finanziaria.

Il potere discrezionale della stazione appaltante di prescrivere adeguati requisiti per la partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici è soggetto a dei limiti connaturati alla funzione affidata alle clausole del bando volte a prescrivere i requisiti speciali; funzione che consiste nel delineare – attraverso l'individuazione di specifici elementi sintomatici di capacità economica-finanziaria e tecnica – il profilo delle imprese che si presumono idonee sotto il profilo dell'affidabilità economica, finanziaria e tecnica a realizzare il programma contrattuale perseguito dall'amministrazione ed a proseguire nel tempo l'attività appaltata in modo adeguato e flessibile. Tali essendo il carattere e la natura delle prescrizioni in merito ai requisiti richiesti alle imprese per la partecipazione alle gare

per l'affidamento di appalti pubblici, ne derivano conseguenti vincoli, sul piano del contenuto di dette prescrizioni, che pur potendo variare entro limiti minimi e massimi, deve essere comunque tale da rispondere ad esigenze oggettive dell'Amministrazione, dovendo risultare adeguato e comunque non eccessivo rispetto a dette esigenze e pertanto commisurato all'effettivo valore della prestazione, adeguato in base alla specificità del servizio appaltando ed alle speciali caratteristiche della prestazione e della struttura in cui deve svolgersi, nel rispetto dei principi di ragionevolezza ed imparzialità dell'azione amministrativa e nel rispetto dei principi, di derivazione comunitaria ed immanenti nell'ordinamento nazionale, di concorrenza ed apertura del mercato degli appalti pubblici (cfr., ex plurimis, da ultimo, Cons. Stato sez. V n. 206 del 23.1.2006).

Nella fattispecie in esame detti limiti sono stati indubbiamente superati. L'amministrazione, nell'individuare il criterio dell'indipendenza finanziaria, ha stabilito un valore così alto ed una limitazione delle poste di bilancio, rilevanti ai fini del calcolo dell'indice, talmente ristretto che non trova alcuna giustificazione nell'oggetto del contratto, trattandosi di un servizio di tipo tradizionale, che non richiede investimenti ulteriori rispetto a quelli già sostenuti dalla ricorrente - da tempo attiva nel settore - né presenta un particolare rischio di impresa. Non è quindi un criterio idoneo, vale a dire adeguato all'obiettivo da perseguire.

Il criterio non solo non è proporzionato perché non idoneo, ma non

è neppure necessario al soddisfacimento dell'interesse della stazione appaltante, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile.

Infatti tale criterio finisce per permettere la partecipazione solo alle imprese che non distribuiscono utili a danno di quelle costituite in forma societaria con scopo di lucro, risolvendosi quindi in una inammissibile limitazione della concorrenza.

Tale restrizione sacrifica in modo irragionevole il diritto di iniziativa economica delle imprese che intendono partecipare alla procedura, perché non è possibile comprendere perché imprese che hanno un indice medio di indipendenza finanziaria inferiore non siano in grado di svolgere adeguatamente il servizio.

In definitiva quindi il primo motivo di ricorso va accolto.

Per quanto riguarda il secondo motivo, occorre ricordare che la giurisprudenza (Consiglio di Stato Adunanza plenaria 23 gennaio 2003, n. 1; Cons. Stato, V Sezione, 16 marzo 2005, n. 1079 e T.A.R. Latina, 20 novembre 2006, n. 1729, T.A.R. Liguria, I Sezione, 7 novembre 2006, n. 1468, T.A.R. Lombardia, III Sezione, 23 ottobre 2006, n. 2067) ha chiarito che è escluso che debbano essere immediatamente impugnate le clausole del bando o della lettera di invito che non incidano direttamente ed immediatamente sull'interesse del soggetto a partecipare alla gara, e, dunque non determinino, per lo stesso, un immediato arresto procedimentale; ne

conseguenze che non sono suscettibili di impugnazione immediata, le clausole relative alle modalità di valutazione delle offerte ed attribuzione dei punteggi ed in generale alle modalità di svolgimento della gara nonché alla composizione della Commissione giudicatrice. Come affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato "devono pertanto ritenersi impugnabili unitamente all'atto applicativo, le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o tecnica, ed in genere sulla formulazione dell'offerta, i criteri di valutazione delle prove concorsuali, i criteri di determinazione delle soglie di anomalie dell'offerta, nonché le clausole che precisano l'esclusione automatica dell'offerta anomala. L'effettiva – e non potenziale – lesività di tali clausole nei riguardi della situazione soggettiva dell'interessato dipende, infatti, dalla loro effettiva applicazione e dalla loro concreta incidenza nei confronti dell'impresa o del partecipante alla procedura concorsuale".

Nel caso in questione la ricorrente ha partecipato alla gara, è stata ammessa a seguito di misura cautelare ma, allo stato degli atti, la gara non è stata ancora aggiudicata.

Ne consegue che la ricorrente non ha allo stato alcun interesse concreto alla decisione del ricorso in quanto la sua offerta può ancora risultare aggiudicataria e non è possibile stabilire la portata lesiva della clausola in questione.

Il secondo motivo va quindi dichiarato inammissibile per carenza di interesse a ricorrere.

L'accoglimento del primo motivo, preceduto dal positivo esito anche della domanda cautelare, comporta la reiezione della domanda risarcitoria formulata.

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

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte accoglie il ricorso ed in parte lo dichiara inammissibile. Respinge la domanda risarcitoria.

Condanna il Comune al pagamento delle spese processuali a favore della ricorrente che liquida in euro 4.500,00, oltre IVA e CPA se dovuti. Dispone, altresì, il pagamento del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/05/2012

IL SEGRETARIO

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