



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1182 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Associazione Culturale Cultura Venezia Futura, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Pettinelli, con domicilio eletto presso Paolo Pettinelli in Mestre-Venezia, Piazzale Leonardo Da Vinci, 8/A;

contro

Provincia di Venezia, rappresentato e difeso dagli avv. Roberta Brusegan, Katia Maretto, con domicilio eletto presso Roberta Brusegan in Venezia, c/o Prov. Venezia - S. Marco, 2662;

nei confronti di

San Servolo Servizi Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Domenichelli, Franco Zambelli, Paolo Neri, Federica Sgualdino, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Iniziative Venete Soc. Coop, il Cerchio Coop-Sociale Onlus, rappresentato e difeso dall'avv. Bruna Lazzerini, con domicilio eletto presso Bruna Lazzerini in Mestre - Venezia, via Torino, 186;

per l'annullamento

del Bando della Progettazione di Servizi, del Capitolato Speciale, dello Schema di Convenzione, del Disciplinare di gara pubblicati dalla Provincia di Venezia in data 13.7.2012 e di tutti gli atti ad esso allegati; della delibera del Consiglio di Amministrazione della parte resistente dell'11.7.2012 di indizione di gara; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Venezia e di San Servolo Servizi Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2012 il dott. Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, successivamente integrato da motivi aggiunti, l'Associazione culturale "Cultura Venezia Futura" ha impugnato il bando, la progettazione di servizi, il capitolato speciale, lo schema di contratto e il disciplinare di gara concernenti la gara aperta indetta da San Servolo Servizi srl (società in house interamente partecipata dalla Provincia di Venezia) per «l'affidamento del servizio alberghiero come da allegato IIB del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 di reception diurna e notturna e di custodia dell'isola di San Servolo (attività principale), di pulizia del sistema ricettivo, della gestione del servizio di caffetteria, piccolo spaccio interno e di ristorazione (attività secondarie)», per il periodo dal 15 agosto 2012 al 31 dicembre 2013 e con importo a ribasso a base di gara per l'intero periodo di durata dell'appalto di euro 890.000,00.

2. La ricorrente premette di non aver partecipato alla procedura concorsuale ma di aver, ciò nondimeno, interesse ad agire direttamente nei confronti degli atti di gara poiché la loro formulazione sarebbe stata tale da impedire la stessa partecipazione, non consentendo «una valida formulazione dell'offerta» a causa della loro lacunosità, erroneità e genericità relativamente a parti significative dei servizi messi oggetto della procedura selettiva.

3. Segnatamente con il primo motivo di ricorso la ricorrente deduce la violazione degli artt. 21, 20 e 27 del codice dei contratti pubblici, in quanto il contratto sarebbe stato illegittimamente sottratto all'applicazione del codice dei contratti. La stazione appaltante avrebbe infatti «sottaciuto il valore dei servizi di manutenzione degli edifici dimodoché non fosse possibile alcun raffronto» fra i servizi rientranti nell'allegato IIA rispetto a quello dell'allegato IIB. In altri termini il contratto sarebbe stato illegittimamente escluso dall'applicazione del codice dei contratti pubblici in forza dell'altrettanto illegittima omissione dell'indicazione del valore del servizio di manutenzione, che avrebbe invece dovuto rivestire un ruolo centrale nell'economia del contratto da affidare.

3.1. Ne discenderebbe, in primo luogo, che il bando di gara contrasterebbe sia con le regole specifiche di affidamento degli appalti di servizi sia con le disposizioni generali del codice relative all'affidamento dei contratti pubblici.

3.2. In secondo luogo, ne deriverebbe anche l'errata indicazione del servizio principale, in quanto non caratterizzato dal valore economico prevalente necessario, con la conseguente illogicità e contraddittorietà anche dei correlati requisiti di partecipazione, richiesti in capo ad un soggetto che non sarebbe in realtà chiamato a svolgere la prestazione principale.

3.3. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente denuncia l'eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità: infatti, posto che i servizi oggetto di gara dovranno essere svolti nell'ambito di un centro soggiorno studi, rientrante *ex lege* nell'ambito delle strutture extra-alberghiere, la società procedente non si sarebbe peritata di riferire i requisiti di gara a tali ultime strutture, con conseguente grave illogicità e contraddittorietà del bando poiché, da un lato, si riferirebbe a soggetti che non sono qualificati per svolgere l'attività oggetto di gara, dall'altro, penalizzerebbe proprio quei soggetti che svolgono l'attività in siffatto genere di strutture, non consentendo loro di far valere l'attività svolta e i requisiti di professionalità maturati nel settore.

3.4. Il bando sarebbe anche discriminatorio nella parte in cui richiede l'impiego di un numero di dipendenti non inferiore a trenta per dimostrare la capacità tecnica organizzativa minima per partecipare alla gara, trattandosi di un requisito abnorme e ingiustificato se raffrontato al prezzo.

3.5. Con il terzo motivo di ricorso si deduce altresì l'illegittimità degli atti di gara per violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto sarebbe stato prefissato un requisito contrario alle regole di partecipazione in ATI, in violazione del favor participationis: a pag. 32 del disciplinare, infatti, si richiede che nell'ipotesi di partecipazione in ATI «i requisiti relativi al fatturato globale e al numero medio di dipendenti devono essere soddisfatti dal raggruppamento o nel suo complesso con la precisazione che detti requisiti, pena l'esclusione,

devono essere posseduti almeno al 60% dall'impresa capogruppo mandataria».

3.5.1. Ebbene, ad avviso dell'associazione ricorrente, essendo il fatturato globale riferito indistintamente ai servizi messi a gara, la capogruppo dovrebbe possedere il fatturato richiesto anche relativamente alle attività secondarie (ad esempio ristorazione) e ciò in violazione non solo delle norme relative ai raggruppamenti verticali (art. 37, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006), ma anche del fondamentale principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, quale espressione del più generale principio di tutela della concorrenza applicabile senz'altro anche ai servizi esclusi.

3.6. Con un quarto motivo di ricorso la ricorrente deduce infine la violazione dell'art. 64 del codice dei contratti poiché la non corretta individuazione della prestazione posta in gara non consentirebbe al concorrente di assumersi consapevolmente il rischio di impresa che fa capo all'appaltatore impedendone così, di fatto, la partecipazione.

3.6.1. In particolare, l'omissione nella quantificazione dell'importo posto a base di gara delle manutenzioni ordinarie richieste all'esecutore del contratto, considerata l'estensione e l'importanza degli immobili presso cui si dovrebbe operare, con un totale di 173 camere, così come la qualità e quantità di talune forniture, nonché l'indeterminatezza dell'ampiezza di alcune prestazioni ("interventi"), determinerebbero una sostanziale mancata individuazione della «quantità poste a base di gara», impedendone anche un reale confronto concorrenziale.

3.7. Con un quinto motivo la ricorrente deduce altresì la violazione dell'art. 70 del d.lgs. n. 163 del 2006 in quanto non sarebbe stato rispettato il termine minimo per la presentazione delle offerte ivi indicato.

4. Si è costituita l'Amministrazione resistente contestando, in via preliminare, l'ammissibilità del ricorso in quanto gli atti di gara impugnata non rivestirebbero una natura discriminatoria e/o irragionevole tale da aver in concreto leso l'interesse alla partecipazione alla gara della ricorrente, non ricorrendo alcuna clausola escludente.

4.1. La resistente contesta in ogni caso la fondatezza di ciascuna censura evidenziando che la modestissima rilevanza economica degli oneri di piccola manutenzione posti a carico dell'affidatario della *lex specialis* – desumibile dall'art. 6 punto 4 del capitolato speciale, che, a titolo esemplificativo, indica fra tali interventi di manutenzione ordinaria posti a carico dell'esecutore quelli di "sostituzione di vetri rotti, maniglie e serrature guaste, rubinetti non funzionanti" – non potrebbe in alcun modo alterare l'esatta portata degli elementi essenziali dell'offerta.

4.2. Inoltre il numero dei dipendenti non inferiore a trenta, fissato dall'art. 11 del disciplinare, non potrebbe in alcun modo essere ritenuto né abnorme né illogico, posto che sarebbe stato ricavato «sommando gli attuali addetti ai servizi posti in gara».

4.3. Quanto alla pretesa violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, l'Amministrazione eccepisce che, trattandosi di appalto di servizi ricadente nell'allegato IIB, tale disposizione non potrebbe trovare applicazione, non essendo fra le norme espressamente richiamate dall'art. 27 del d.lgs. n. 163 del 2006.

5. E' intervenuta in giudizio Iniziative Venete soc. coop., la quale ha partecipato alla gara indetta con gli atti impugnati dalla odierna ricorrente.

5.1. La predetta società contesta sia la carenza di interesse ad agire della ricorrente sia la fondatezza di ciascuno dei motivi di ricorso, non rilevando fra l'altro, tenuto conto del suo oggetto sociale, alcun interesse attuale e concreto della ricorrente ad operare nel settore delle manutenzioni. La qualificazione del servizio di manutenzione operata nel ricorso risulterebbe peraltro, oltre che del tutto erronea, artificiosamente volta a ricondurre l'appalto a regole che ad esso non dovrebbero in alcun modo attagliarsi.

6. La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 29 novembre 2012.

7. Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse ad agire sollevata dall'Amministrazione resistente e dall'interveniente.

7.1. Secondo un pacifico principio elaborato dalla giurisprudenza, condiviso dal Collegio, i bandi, i disciplinari, i capitolati speciali di gara, e le relative lettere di invito vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, in quanto solo in tale secondo momento diventa attuale, e concreta, la lesione della situazione soggettiva dell'interessato (cfr: Consiglio Stato A. Plen., 24 giugno 2002, n. 3).

7.2. Invero solo in via di eccezione, debbono essere impugnati immediatamente i bandi che sono idonei a generare una lesione immediata e diretta della situazione soggettiva dell'interessato, qualora contengano clausole c.d. escludenti, correlate cioè all'illegittima richiesta del possesso di determinati requisiti di qualificazione la cui mancanza inibisce o rende vana la partecipazione.

7.3. Tuttavia né l'indirizzo ricordato, né la giurisprudenza che si è successivamente formata, si pongono in senso contrario con la necessità di procedere all'impugnativa immediata degli atti di indizione della gara quando le clausole impediscano una corretta e consapevole elaborazione della propria offerta e della correlata proposta economica (in questo senso, da ultimo, Consiglio Stato, sez. IV, n. 5671 del 2012).

8. Deve pertanto ammettersi l'ammissibilità del ricorso in esame in quanto volto a far valere il pregiudizio subito al corretto esercizio della gara da un potenziale concorrente, in dipendenza di un'asserita grave carenza nell'indicazione di dati ritenuti essenziali per una corretta e consapevole formulazione dell'offerta.

9. Il ricorso, oltre che ammissibile, è nel merito fondato.

9.1. La strutturazione degli atti di gara oggetto dell'odierno gravame risulta, invero, affetta da un'insanabile indeterminazione con riguardo ad un elemento essenziale delle prestazioni richieste dalla legge di gara concernente gli interventi di manutenzione ordinaria del complesso in cui deve essere espletato il servizio alberghiero e di pulizia.

9.2. Sul punto non convince l'obiezione dell'Amministrazione secondo la quale tali interventi non rientrerebbero nell'oggetto del servizio posto a gara, limitandosi ad integrare un costo, peraltro economicamente ininfluenza, posto a carico dell'aggiudicatario in fase di esecuzione del contratto.

9.3. A norma dell'art. 6, comma 4, del Capitolato speciale descrittivo e prestazionale, infatti, l'esecutore dovrà farsi «carico a proprie spese della manutenzione ordinaria degli immobili messi» a sua «disposizione (quali, a titolo esemplificativo e non limitativo, gli interventi di sostituzione di vetri rotti, di corpi illuminanti inefficienti, di maniglie serrature guaste, di rubinetti o scarichi non funzionali ecc.). Qualora l'Esecutore non provveda puntualmente alla suddetta manutenzione ordinaria rientrante nella sua competenza, il Committente si riserva la facoltà di provvedere direttamente agli interventi necessari incaricando ditte di propria fiducia; le spese derivanti dai suddetti interventi verranno addebitate all'Esecutore con una maggiorazione =20%= (venti per cento) a titolo di penale.»

9.4. Orbene il Collegio rileva al riguardo che la mancata indicazione dell'entità così come della tipologia degli interventi richiesti, a prescindere dall'effetto di sottrazione o meno del contratto in esame all'ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici lamentato dal ricorrente, ha indubbiamente minato, in considerazione anche dell'estensione e delle peculiarità strutturali del complesso immobiliare dell'Isola di San Servolo, la stessa possibilità di effettuare un calcolo economico del relativo costo così come della loro incidenza nell'ambito dei servizi complessivamente posti a gara.

9.5. L'oggettiva rilevanza delle strutture per le quali è richiesta la suddetta manutenzione ordinaria emerge inequivocabilmente dall'art. 1 (Premessa) della «Relazione tecnica-illustrativa con riferimento al contesto in cui è inserito il servizio da acquisire», in cui si precisa che «in Isola di San Servolo si svolgono numerose attività congressuali e di studio e attività culturali organizzate dalla stessa Società oppure organizzate dagli altri enti operanti in isola. (...) La Società è titolare di una licenza di Centro Soggiorno e Studi che gestisce dal 2004 (...)

composto da 173 camere disposte su 6 palazzine. La società ha poi in gestione in Isola numerose sale congressuali ed ampi spazi – interni ed esterni- per tenervi attività seminariali ed aggregante».

9.6. Né, al fine di superare la rilevata indeterminatezza della legge di gara, è possibile fare riferimento all'eventuale conoscenza personale del ricorrente delle esigenze e dell'entità delle strutture medesime, trattandosi di un elemento soggettivo del tutto ininfluenza ai fini della valutazione della completezza o meno degli atti di gara e della loro idoneità a fornire tutti gli elementi essenziali per la formulazione di una proposta consapevole, finalizzata ad un reale confronto concorrenziale.

9.7. A ciò deve aggiungersi, che anche la formulazione dell'art. 13 del Disciplinare di gara secondo il quale, nell'ipotesi di partecipazione in ATI, «i requisiti relativi al fatturato globale e al numero medio di dipendenti devono essere soddisfatti dal raggruppamento o dal consorzio nel suo complesso con la precisazione che detti requisiti, pena l'esclusione, devono essere posseduti almeno del 60% dall'impresa capogruppo mandataria», introduce un requisito di partecipazione sproporzionato e irragionevole così da porsi in aperta violazione del principio, certamente applicabile anche ai servizi oggetto di gara, di massima partecipazione della gara.

9.8. Il Collegio rileva, al riguardo, che tenuto conto dell'oggettiva eterogeneità dei servizi messi a gara – consistenti nel servizio alberghiero di reception diurna e notturna e di custodia dell'isola, nella pulizia del sistema ricettivo (Centro Soggiorno e Studi), nella gestione del servizio di caffetteria e piccolo spaccio interno e di ristorazione – non risulta proporzionato né ragionevole richiedere, ai fini della partecipazione alla gara in qualità di capogruppo, un fatturato globale su tutti i servizi oggetto di affidamento e, per di più, della consistenza percentuale sopra richiamata.

9.9. Alla luce delle osservazioni che precedono deve ritenersi che la legge di gara impugnata, da un lato, non abbia predeterminato tutti i caratteri essenziali di elementi costitutivi dell'offerta, omettendo di indicare entità e tipologia delle prestazioni richieste a titolo di manutenzione ordinaria, dall'altro, abbia ristretto in maniera del tutto sproporzionata e irragionevole la possibilità di partecipare alla gara a un'intera categoria di potenziali concorrenti costituita dai raggruppamenti temporanei di impresa, in violazione del principio di massima partecipazione alla gara.

10. Il ricorso deve, pertanto, essere accolto con conseguente annullamento di tutti gli atti di gara.

11. In considerazione della peculiarità della fattispecie e delle questioni trattate, ricorrono giusti motivi per compensare le spese fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/01/2013

IL SEGRETARIO

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