



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2235 del 2012, proposto da:

Saie S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Zoppolato, Marco Napoli e Alessandro Comparoni, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Dante, 16;

contro

Comune di Varese, rappresentato e difeso dall'avv. Massimiliano Ferrari, con domicilio eletto presso l'avvocato Pietro Ferraris in Milano, via Mascagni, 24;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione dirigenziale n. 833 del 10 settembre 2012, notificata al ricorrente il 13 settembre 2012, con la quale il dirigente responsabile dei servizi amministrativi ed istituzionale del comune di Varese ha escluso SAIE srl dalle successive fasi della procedura ristretta avente ad oggetto "l'affidamento della concessione del servizio di cremazione presso il cimitero di Giubiano e prestazioni accessorie";

- del bando di gara e del relativo disciplinare;

- di tutti gli atti connessi.

nonché per la condanna

dell'amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente economico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune Di Varese;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2013 il dott. Fabrizio Fomataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Saie S.r.l. impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed

eccesso di potere, sotto diversi profili, chiedendone l'annullamento.

Si è costituita in giudizio il Comune di Varese, eccependo l'infondatezza dell'impugnazione proposta, chiedendone il rigetto.

Con ordinanza depositata in data 31 ottobre 2012, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare contenuta nel ricorso

All'udienza del 18 giugno 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Con bando di gara pubblicato sulla GURI in data 11.07.2011, il Comune di Varese indiceva una gara, a procedura ristretta, per l'affidamento della concessione del servizio di cremazione e prestazioni accessorie presso il cimitero di Giubiano.

In relazione alla capacità tecnica, il bando (cfr. doc 1 di parte ricorrente) prevedeva l'aver svolto "con buon esito certificato dall'ente concedente, nell'ultimo quinquennio (2008-2012) almeno un servizio – sia in appalto che in concessione – analogo a quello messo a gara (gestione del servizio di cremazione di cadaveri/resti mortali/resti ossei con conduzione dei relativi impianti) per la durata di almeno 12 mesi consecutivi durante i quali dovrà essere dimostrata l'esecuzione di almeno 1000 cremazioni".

Con nota datata 01.08.2012 prot. n. 43578, la stazione appaltante comunicava alla concorrente Saie srl l'avvio del procedimento di esclusione, evidenziando che in sede di controllo del possesso del requisito di capacità tecnica, allegato dalla concorrente in relazione alla gestione del forno crematorio in favore del Comune di Massa, era emerso che la gestione si era articolata dal 01.12.2009 al 30.09.2011 e che le cremazioni erano state 41 nel 2009, 521 nel 2010 e 497 dal 01.01.2011 al 30.09.2011.

Muovendo da tali premesse la stazione appaltante evidenziava, da un lato, che il requisito di capacità tecnica previsto dal bando comportava: a) lo svolgimento nel periodo di riferimento di uno o più servizi di cremazione, b) almeno uno dei servizi svolti doveva avere durata di 12 mesi consecutivi, c) durante i dodici mesi consecutivi dovevano essere state espletate almeno 1000 cremazioni, dall'altro, che le allegazioni della concorrente non rispettavano tali requisiti. Inoltre, si precisava che il particolare requisito di capacità tecnica rispondeva "alla necessità dell'amministrazione di garantirsi un operatore che disponga non solo di un'esperienza di durata adeguata sotto l'aspetto di durata del servizio (almeno 12 mesi consecutivi) ma anche sotto l'aspetto della capacità di gestione di un impianto analogo a quello oggetto di concessione per numero di cremazioni (1000 in dodici mesi)".

Con determinazione dirigenziale n. 833, del 10.09.2012, la stazione appaltante, preso atto delle deduzioni presentate dalla concorrente Saie srl, ne disponeva l'esclusione dalla procedura, richiamando le considerazioni già svolte con la comunicazione di avvio del procedimento ed evidenziando che Saie srl, in sede di ammissione alla procedura, aveva dichiarato, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito, unicamente il servizio prestato presso il Comune di Massa, con la precisazione che nel caso concreto valorizzare altri servizi avrebbe comportato la violazione del principio della parità di trattamento tra i concorrenti.

In particolare, la stazione appaltante metteva in luce come in data 30.08.2012 la ditta Saie avesse trasmesso via telefax una dichiarazione rilasciata dal Comune di Busto Arsizio (VA) nella quale si attestava che "nel periodo dal 16.01.2012 al 09.07.2012 (e quindi prima del termine di scadenza per la presentazione delle richieste di invito) sono state eseguite n. 725 cremazioni".

Rispetto a tale dichiarazione la stazione appaltante evidenziava, in primo luogo, l'impossibilità di valorizzare il contenuto, perché pervenuta oltre il termine di presentazione delle richieste di invito e, comunque, perché non riconducibile ad una mera integrazione documentale, trattandosi di un documento relativo alla dimostrazione di un requisito di accesso alla procedura e non di un adempimento meramente formale per il quale è consentita

l'integrazione.

Inoltre, l'amministrazione considerava che, in ogni caso, "nel merito la dichiarazione presentata non modifica la posizione sostanziale del candidato in quanto il servizio dichiarato ha durata inferiore ai dodici mesi (alla data di scadenza del termine di presentazione delle richieste di invito) ed il numero delle cremazioni nel periodo dichiarato non risulta pari a 1000 come richiesto dai documenti di gara...".

Avverso il provvedimento di esclusione e il bando di gara, la società Saie srl ha proposto l'impugnazione in esame.

2) Con il primo motivo la società ricorrente deduce l'illegittimità dell'esclusione, sostenendo che il bando non richiede che il numero minimo di cremazioni sia stato svolto nell'arco di dodici mesi.

Il motivo è infondato.

Si è già evidenziato che il bando prevede, quale requisito di capacità tecnica, l'aver svolto "con buon esito certificato dall'ente concedente, nell'ultimo quinquennio (2008-2012) almeno un servizio – sia in appalto che in concessione – analogo a quello messo a gara (gestione del servizio di cremazione di cadaveri/resti mortali/resti ossei con conduzione dei relativi impianti) per la durata di almeno 12 mesi consecutivi durante i quali dovrà essere dimostrata l'esecuzione di almeno 1000 cremazioni".

La sola lettura della disposizione rende evidente che il requisito richiede che: 1) nell'ultimo quinquennio la concorrente abbia svolto almeno un servizio (quindi anche più di uno) analogo a quello messo a gara; 2) che il servizio sia durato almeno 12 mesi consecutivi; 3) che nell'arco dei dodici mesi consecutivi, ossia senza soluzione di continuità, la concorrente abbia eseguito almeno 1000 cremazioni.

Nulla esclude che nell'arco di dodici mesi, purché senza soluzioni di continuità, la concorrente abbia svolto più servizi analoghi a quello messo a bando, raggiungendo in tal modo il numero minimo previsto, come potrebbe accadere in caso di contemporanea gestione di più servizi, nell'arco di dodici mesi e senza interruzione, ognuno dei quali non raggiunga il numero minimo previsto dalla lex specialis, numero raggiunto invece dalla somma delle cremazioni eseguite in esecuzione dei diversi servizi.

In ogni caso, resta ferma la necessità che il numero minimo sia raggiunto nell'arco di dodici mesi consecutivi, sicché la tesi della ricorrente, secondo la quale il numero minimo dovrebbe essere conseguito nel quinquennio, è destituita di ogni fondamento, con conseguente infondatezza della censura di cui si tratta.

3) Con il secondo e il terzo dei motivi proposti, la società Saie s.r.l. contesta il bando di gara nella parte in cui disciplina il requisito di capacità tecnica, sviluppando diverse censure che possono essere esaminate congiuntamente, perché strettamente connesse sul piano logico e giuridico.

In primo luogo, si contesta la violazione del principio di proporzionalità, in quanto non sarebbe necessario ed adeguato agli scopi perseguiti l'aver previsto, come requisito di capacità tecnica, l'esecuzione durante dodici mesi consecutivi di almeno 1000 cremazioni nell'ambito di un unico servizio.

La censura è infondata.

Si è già evidenziato (retro punto 2 della motivazione) che la tesi, secondo la quale il bando impone che il numero minimo di cremazioni sia raggiunto nello svolgimento di un solo servizio, non trova alcun riscontro nella lex specialis, dove si richiede espressamente lo svolgimento di "almeno un servizio", quindi anche più di uno, purché il servizio o i servizi abbiano avuto una durata di "almeno 12 mesi consecutivi", ossia senza soluzione di continuità ed abbiano condotto, in tale arco temporale, all'esecuzione di "almeno 1000 cremazioni".

Quindi, l'affermazione difensiva secondo la quale la clausola censurata sarebbe sproporzionata perché richiede il raggiungimento del numero minimo di 1000 cremazioni mediante l'esecuzione di un solo servizio è destituita di ogni fondamento, perché smentita dal testo della clausola in esame, che non impone questo tipo di requisito.

Né la violazione del principio di proporzionalità emerge in relazione al numero di cremazioni richieste nell'arco di

dodici mesi, pari a 1000, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente.

Quest'ultima pone a fondamento della censura il fatto che dalla relazione redatta dalla Regione Lombardia (cfr. doc. 9 di parte ricorrente) risulta che tra il 2009 e il 2012 il numero di cremazioni effettuate nella città di Varese non supera la media di 950.

Si tratta di un'argomentazione priva di pregio.

In primo luogo, il bando richiedeva che la prestazione di un servizio analogo, strutturato secondo i profili temporali e quantitativi già ricordati, fosse avvenuta nell'ultimo quinquennio, ossia 2008 – 2012, quindi non è coerente prendere in considerazione il dato quantitativo solo a partire dal 2009.

Difatti, se si considera il quinquennio, in coerenza con quanto indicato nel bando, risulta una media di cremazioni superiore al numero minimo di 1000 richiesto dalla *lex specialis*.

Del resto, l'amministrazione, sin dalla determinazione n. 833, ha evidenziato come dal 2003 in poi il numero di cremazioni annuo fosse superiore, a volte anche di molto, a 1000 unità, con due sole eccezioni, nel 2009 e nel 2010, quando il numero era sceso sotto la soglia indicata, in ragione di periodi di "forzato fermo impianto dovuto ad anomalie di funzionamento ed interventi di ristrutturazione del fomo, nonché alla compressione delle ore di lavoro degli addetti ai quali è stata ridotta la possibilità di operare in orario straordinario" (doc. 8 di parte ricorrente).

Ne deriva, che il riferimento a 1000 cremazioni nell'arco di 12 mesi, quale requisito di capacità tecnica, è tutt'altro che sproporzionato, perché rappresenta le concrete esigenze dell'amministrazione, come emerge non solo dai dati esplicitati dalla stazione appaltante, ma anche dalla lettura dei documenti prodotti dalla ricorrente.

Né la violazione del canone di proporzionalità può essere correlata alla necessaria valorizzazione di un solo servizio, in quanto, come più volte ricordato, la mera lettura della clausola contestata, evidenzia la necessità dello svolgimento in 12 mesi di almeno un servizio, così consentendo che il numero minimo di cremazioni nell'arco di 12 mesi consecutivi venga conseguito in esecuzione di più servizi.

Contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, neanche il riferimento alla necessaria esecuzione del numero minimo di cremazioni nell'arco di 12 mesi consecutivi viola il principio di proporzionalità, in quanto corrisponde alle effettive esigenze dell'amministrazione, corrispondendo all'entità delle cremazioni da anni eseguite e documentate dal Comune nell'arco di 12 mesi.

La ricorrente considera poi che una diversa lettura della clausola del bando le avrebbe consentito di dimostrare il possesso del requisito di capacità tecnica attraverso il riferimento alle cremazioni eseguite per conto del Comune di Busto Arsizio.

Il dato è irrilevante, sia perché il chiaro disposto della *lex specialis* non lascia spazio ad interpretazioni diverse da quella già indicata, sia perché l'allegazione del servizio svolto presso il Comune di Busto Arsizio è avvenuta solo dopo la comunicazione di avvio del procedimento di esclusione e, quindi, ben dopo il termine previsto dalla *lex specialis*, fermo restando che la chiarezza e l'univocità della *lex specialis* non lascia spazio neppure alla configurazione di un errore scusabile, idoneo a suscitare il dovere di soccorso dell'amministrazione.

Viceversa è inammissibile, per carenza di interesse, la doglianza con la quale si adombra che la struttura dello specifico requisito di capacità tecnica non consentirebbe la partecipazione alla gara in ATI, in quanto dalla documentazione prodotta non emerge che la ricorrente abbia chiesto di partecipare alla gara in associazione temporanea con altri operatori economici.

Parimenti non è supportata da un concreto interesse la censura diretta a contestare la brevità del termine previsto dal bando per la presentazione di richieste di chiarimenti, atteso che dalla documentazione prodotta non risulta che la ricorrente abbia chiesto chiarimenti, né tempestivamente, né tardivamente, mentre l'interesse alla contestazione in

esame sarebbe configurabile solo in caso di una richiesta di chiarimenti dichiarata inammissibile o, comunque, respinta per la mera ragione della sua tardività; ma nulla di ciò risulta verificatosi nel caso concreto.

Va, pertanto, ribadito che anche le censure articolate con i motivi in esame sono infondate e non meritano condivisione.

L'insussistenza dei profili di illegittimità lamentati dalla ricorrente esclude la sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione ai sensi dell'art. 2043 c.c., con conseguente infondatezza della domanda di condanna al risarcimento del danno presentata dalla ricorrente.

3) In definitiva, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

La peculiare articolazione della fattispecie concreta sottesa all'impugnazione consente di ravvisare giusti motivi per compensare tra le parti le spese della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando, respinge il ricorso indicato in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese della lite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Silvana Bini, Consigliere

Fabrizio Fomataro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/10/2013

IL SEGRETARIO

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