

Appalto triennale per il servizio di refezione scolastica: dichiarata disponibilità , in astratto, di un centro di cottura in grado di soddisfare l'intera durata del contratto: è consentito ad un prestatore di comprovare il possesso dei requisiti economic

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

E' agevole rilevare come il requisito sia stato previsto all'interno della fase pubblicitica di individuazione del contraente, ponendosi tra le regole del confronto comparativo che debbono trovare uniforme applicazione nei confronti di tutti i partecipanti durante lo svolgimento della selezione

Il Tar Lombardia, Sezione di Brescia,
con la sentenza numero 133 del 3 febbraio
2006

in tema di dimostrazione dei requisiti dichiarati in sede di gara, ci insegna che, pur nel rispetto del principio europeo dell'avalimento, se una certa caratteristica è funzione primaria ed essenziali per la buona esecuzione di un appalto, deve ragionevolmente esigersi - in capo a ciascun concorrente - una disponibilità effettiva e continuativa che assicuri la corretta attuazione del rapporto fino alla sua conclusione.

Sottoposta all'adito giudice amministrativo è stata la seguente questione

Si tratta a questo punto di stabilire se, come sostiene la controinteressata, debba ritenersi sufficiente una dichiarazione che dà conto dell'attuale disponibilità di un centro che rispetta la distanza indicata nella lex specialis - la quale non ha dettato prescrizioni sull'ampiezza temporale del titolo di possesso - ovvero se la disponibilità del centro per l'intera durata contrattuale debba considerarsi requisito essenziale dell'offerta, inerendo ai mezzi indispensabili per la corretta esecuzione dell'appalto

Sulla base del seguente principio:

< In buona sostanza negli appalti pubblici acquista rilievo la possibilità - per l'impresa partecipante alla procedura selettiva - di avvalersi delle strutture messe a disposizione da terzi a prescindere dal titolo giuridico che la abilita a detenerle purchè la concorrente sia in grado di provare la disponibilità effettiva degli apparati indispensabili per l'esecuzione dell'appalto; spetta viceversa al committente, ed al giudice in caso di controversia, valutare se tale prova sia stata fornita >

e tenuto conto del fatto che:

< il sistema comunitario ripudia automatismi ostativi all'ammissibilità del ricorso a soggetti terzi e non impone, di conseguenza, l'uso di mezzi tipici di prova della disponibilità di risorse aziendali altrui, tenendo ferma l'esigenza di un rigoroso riscontro dell'effettiva disponibilità della capacità tecnico economica mutuata da imprese o complessi aziendali diversi >

nel caso in esame però

< Nella fattispecie, se il Collegio non ha motivo di dubitare della serietà ed affidabilità del rapporto instaurato con l'amministrazione comunale di Volta Mantovana - che consente a all'aggiudicataria provvisoria di disporre di un centro di cottura rispettando il limite di distanza stabilito nel bando - osserva tuttavia che esso è destinato a concludersi alla scadenza contrattuale fissata per il 31/8/2006.

Ciò significa che il titolo esibito dalla controinteressata era destinato a mantenere la propria efficacia per 8 mesi sui 36 complessivi di durata del servizio, mentre per oltre un biennio il requisito non risultava soddisfatto, salvo il generico impegno di mettere a disposizione altri locali idonei entro la medesima

distanza "in caso di mancato rinnovo". La disponibilità dell'altrui risorsa era in definitiva circoscritta ad un esiguo lasso temporale, mentre per i rimanenti tre quarti del rapporto la ditta, non ha dato conto di alcun apparato alternativo né ha offerto la garanzia di poterlo reperire. Il Collegio pertanto non è neppure chiamato ad esprimersi sulla serietà o meno del titolo di godimento in possesso dell'aggiudicataria, non riscontrandosi alcun centro di cottura del quale essa possa avvalersi alla scadenza del rapporto con l'amministrazione terza>

Né era possibile, nella fattispecie, il ricorso all'integrazione documentale.

La possibilità di sanare profili di difformità formale rispetto alle prescrizioni del bando è limitata alle sole ipotesi in cui gli atti tempestivamente prodotti all'amministrazione costituiscono un ragionevole indizio del possesso del requisito di partecipazione non espressamente o univocamente documentato: **un'eventuale richiesta di integrazione documentale avrebbe indebitamente alterato la "par condicio" dei concorrenti, investendo un requisito essenziale di partecipazione alla gara** che al momento di presentazione dell'offerta era inesistente >

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione staccata di Brescia - ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1346 del 2005 proposto da

***** RISTORAZIONE E SERVIZI COOP.,

rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e *****, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Brescia, Corso Palestro n. 38;

contro

COMUNE DI GUIDIZZOLO,

costitutosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv.to *****, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione in Brescia, Via Malta n. 12;

e nei confronti di

***** FOOD COOPERATIVA ITALIANA DI RISTORAZIONE,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e *****, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima in Brescia, Via privata De Vitalis n. 5;

per l'annullamento

della determinazione del Responsabile del settore socio-culturale in data 20/10/2005 n. 451, recante l'aggiudicazione alla controinteressata dell'appalto triennale per il servizio di refezione scolastica, nonché dei verbali di gara in data 10/10/2005 e 17/10/2005 nella parte in cui hanno statuito l'ammissione della controinteressata alla gara, oltre ad ogni altro atto presupposto, antecedente e conseguente;

e per il risarcimento del danno

mediante reintegrazione in forma specifica ovvero riparazione per equivalente nella misura del 10% dell'importo a base d'asta detratto il ribasso offerto, oltre al danno di immagine e da perdita di chance di vittoria in gare future;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e della ditta controinteressata;

Preso visione di tutti gli atti della causa;

Designato quale relatore alla pubblica udienza del 27/1/2006, il dott. *****;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con determinazione in data 14/7/2005 il Comune di Guidizzolo indiceva un pubblico incanto per l'affidamento del servizio di mensa scolastica negli istituti di istruzione primaria e secondaria di primo grado - per il periodo dall'1/1/2006 al 31/12/2008 e per un prezzo a base d'asta di € 104.000 oltre IVA - avvalendosi del sistema di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 23 comma 1 lett. b) del D. Lgs. 17/3/1995 n. 157.

Nel termine fissato dal bando hanno presentato l'offerta la ricorrente e la controinteressata.

Nella seduta pubblica del 10/10/2005 venivano aperte le buste contenenti la documentazione amministrativa e si dava lettura delle dichiarazioni in ordine alla sussistenza dei requisiti richiesti; in quella sede la ricorrente contestava alla ditta ***** l'assenza di un requisito essenziale di partecipazione alla procedura selettiva, ossia la disponibilità di un centro di cottura in grado di soddisfare l'intera durata dell'appalto. A fronte della replica della rappresentante della controinteressata, la Commissione si riuniva in seduta segreta e decideva di ammettere comunque ***** alla gara, poiché:

la ditta ha dichiarato il possesso del centro di cottura nel raggio di 20 km e si impegna a metterne a disposizione uno ulteriore entro la medesima distanza in caso di mancato rinnovo dell'appalto presso l'attuale centro nel Comune di Volta Mantovana, in scadenza il 31/8/2006;

l'art. 25 del bando di gara (rectius: capitolato) tutela comunque l'amministrazione a fronte del venir meno - nella fase esecutiva del rapporto negoziale - di uno dei requisiti richiesti, prevedendo al punto n. 7 il rimedio della risoluzione del contratto, con incameramento della cauzione e risarcimento dei danni.

La procedura di gara si concludeva con l'affidamento dell'appalto alla controinteressata, che riportava il miglior punteggio.

Con ricorso ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione, la ditta ***** impugna i provvedimenti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

Violazione del bando di gara e degli artt. 1 e 16 del capitolato speciale nonché eccesso di potere per erroneità dei presupposti e carenza di istruttoria, difettando in capo alla controinteressata il requisito fondamentale della disponibilità - entro la distanza massima di 20 km dalla sede comunale - di un centro di cottura idoneo a garantire l'intero periodo dell'appalto;

Violazione dell'art. 12 comma 1 lett. f) del D. Lgs. 157/95, in quanto la controinteressata si sarebbe resa gravemente colpevole di false dichiarazioni, accertate con pronuncia definitiva, nel corso di una gara bandita da altro Comune, a conclusione della quale la stazione appaltante aveva riscontrato in capo al procuratore speciale di ***** l'esistenza di una sentenza di applicazione della pena su richiesta per reati di natura finanziaria.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Guidizzolo e la controinteressata, chiedendo la reiezione del

gravame.

Con ordinanza n. 1417 - emessa nella Camera di Consiglio dell'11/11/2005 - questa Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione del provvedimento impugnato, evidenziando la ricorrenza del fumus boni juris.

Alla pubblica udienza del 27/1/2006 il ricorso veniva chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

La ricorrente censura la determinazione che ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto triennale per il servizio di refezione scolastica alla ditta ***** la quale, in sede di gara, sarebbe risultata priva di un requisito essenziale previsto a pena di esclusione, ossia il possesso di un centro di cottura in grado di soddisfare l'intera durata contrattuale.

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione del bando di gara e degli artt. 1 e 16 del capitolato speciale nonché l'eccesso di potere per erroneità dei presupposti e carenza di istruttoria, difettando in capo alla controinteressata il requisito fondamentale della disponibilità - entro la distanza massima di 20 km dalla sede comunale - di un centro di cottura idoneo a garantire l'intero periodo dell'appalto.

Sostiene in particolare ***** che il centro di cottura soddisferebbe solo in astratto il requisito di distanza massima previsto dalla lex specialis in quanto la controinteressata non sarebbe in possesso di alcun titolo, di natura reale o contrattuale, idoneo ad assicurarne l'effettiva fruizione per l'intera durata del contratto d'appalto oggetto di affidamento.

La censura è fondata.

1.1 Il bando di gara prevedeva espressamente di inserire, all'interno del plico contenente l'offerta, la documentazione amministrativa richiesta ed in particolare una "dichiarazione attestante la disponibilità di un centro di cottura entro la distanza massima di cui all'art. 1 del Capitolato speciale d'appalto (20 km dalla sede comunale)". Identica disposizione è racchiusa nell'art. 16 del capitolato, la quale rinvia alla prescrizione introdotta all'art. 1 sulla distanza massima di 20 km.

La ***** ha testualmente dichiarato nella propria offerta (cfr. doc. 6 Comune di Guidizzolo) "di disporre attualmente di un centro di cottura entro la distanza di 20 km dalla sede comunale. Tale centro di cottura è in gestione a CIR tramite un contratto di appalto con scadenza il 31/8/2006. CIR, in caso di mancato rinnovo del suddetto contratto si impegna comunque, per gli anni successivi:

A mettere a disposizione un centro cottura sito entro la medesima distanza;

A garantire comunque, a supporto dei centri sopra citati, in caso di loro inagibilità, la produzione dei pasti da un centro di cottura alternativo, sito in Mantova alla distanza di 26 km dalla sede comunale."

1.2 Si tratta a questo punto di stabilire se, come sostiene la controinteressata, debba ritenersi sufficiente una dichiarazione che dà conto dell'attuale disponibilità di un centro che rispetta la distanza indicata nella lex specialis - la quale non ha dettato prescrizioni sull'ampiezza temporale del titolo di possesso - ovvero se la disponibilità del centro per l'intera durata contrattuale debba considerarsi requisito essenziale dell'offerta, inerendo ai mezzi indispensabili per la corretta esecuzione dell'appalto.

La seconda impostazione merita di essere condivisa dal Collegio.

L'indagine può prendere le mosse dal consolidato orientamento della Corte di Giustizia e della giurisprudenza interna le quali - richiamandosi alla direttiva 18/6/1992 n. 92/50/CEE di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi - consentono ad un prestatore di

comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto, facendo riferimento alle capacità di altri soggetti qualunque sia la natura dei vincoli che ha con essi, a condizione di dimostrare l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione del contratto attraverso l'attestazione di rapporti giuridici all'uopo idonei, spettando al giudice nazionale valutare se tale prova sia stata, nella fattispecie controversa, correttamente fornita (Corte di Giustizia CE, sez. V - 2/12/1999 n. 176; Consiglio di Stato, sez. VI - 17/9/2003 n. 5287; sentenza Sezione 18/6/2004 n. 665). L'esigenza, di matrice comunitaria, di favorire la concorrenza e la libera circolazione delle merci e dei servizi è in tal modo temperata con l'interesse della stazione appaltante alla buona esecuzione delle prestazioni contrattuali (T.A.R. Sardegna - 28/11/2003 n. 1548).

In buona sostanza negli appalti pubblici acquista rilievo la possibilità - per l'impresa partecipante alla procedura selettiva - di avvalersi delle strutture messe a disposizione da terzi a prescindere dal titolo giuridico che la abilita a detenerle purchè la concorrente sia in grado di provare la disponibilità effettiva degli apparati indispensabili per l'esecuzione dell'appalto; spetta viceversa al committente, ed al giudice in caso di controversia, valutare se tale prova sia stata fornita (cfr. Sentenza Sezione n. 760 del 15/7/2005).

E' stato così sottolineato che il sistema comunitario ripudia automatismi ostativi all'ammissibilità del ricorso a soggetti terzi e non impone, di conseguenza, l'uso di mezzi tipici di prova della disponibilità di risorse aziendali altrui, tenendo ferma l'esigenza di un rigoroso riscontro dell'effettiva disponibilità della capacità tecnico economica mutuata da imprese o complessi aziendali diversi (Consiglio di Stato, sez. IV - 14/2/2005 n. 435).

1.3 Nella fattispecie, se il Collegio non ha motivo di dubitare della serietà ed affidabilità del rapporto instaurato con l'amministrazione comunale di Volta Mantovana - che consente a ***** di disporre di un centro di cottura rispettando il limite di distanza stabilito nel bando - osserva tuttavia che esso è destinato a concludersi alla scadenza contrattuale fissata per il 31/8/2006.

Ciò significa che il titolo esibito dalla controinteressata era destinato a mantenere la propria efficacia per 8 mesi sui 36 complessivi di durata del servizio, mentre per oltre un biennio il requisito non risultava soddisfatto, salvo il generico impegno di mettere a disposizione altri locali idonei entro la medesima distanza "in caso di mancato rinnovo". La disponibilità dell'altrui risorsa era in definitiva circoscritta ad un esiguo lasso temporale, mentre per i rimanenti tre quarti del rapporto ***** non ha dato conto di

alcun apparato alternativo né ha offerto la garanzia di poterlo reperire. Il Collegio pertanto non è neppure chiamato ad esprimersi sulla serietà o meno del titolo di godimento in possesso dell'aggiudicataria, non riscontrandosi alcun centro di cottura del quale essa possa avvalersi alla scadenza del rapporto con l'amministrazione terza.

Ritiene il Collegio che il requisito in esame assuma carattere essenziale, trattandosi della struttura principale di produzione dei pasti da asporto destinati al consumo dei bambini e dei ragazzi che frequentano le scuole. Presso il centro di cottura trovano svolgimento i processi produttivi di confezionamento e di conservazione dei cibi secondo gli standard di qualità igienica, nutrizionale, organolettica e merceologica degli alimenti individuati dalle vigenti norme igienico-sanitarie e generali (cfr. art. 6 del capitolato speciale d'appalto): come ha ben messo in evidenza la ricorrente nella memoria finale, si tratta dei locali indispensabili per l'esecuzione del servizio, che non assolvono ad una mera funzione sussidiaria per situazioni di emergenza bensì alla funzione primaria della produzione dei pasti destinati alla refezione scolastica, per cui deve ragionevolmente esigersi - in capo a ciascun concorrente - una disponibilità effettiva e continuativa che assicuri la corretta attuazione del rapporto.

1.4 Il percorso argomentativo svolto induce a ritenere irrilevante la mancata precisazione, nel bando e nel capitolato, della necessità che il titolo di godimento fosse esteso all'intero periodo contrattuale: le considerazioni logico-giuridiche esposte impongono cioè di interpretare la *lex specialis* nel senso di pretendere, in capo ai partecipanti, la disponibilità di un centro di cottura per il triennio di durata del rapporto, ravvisandosi in caso contrario la carenza di un elemento essenziale dell'offerta che produce come necessaria conseguenza l'esclusione dalla gara. Non si tratta dunque, come adombrato dall'amministrazione resistente, di una prescrizione di dubbia interpretazione di fronte alla quale andrebbe privilegiato il principio della più ampia partecipazione dei concorrenti, bensì di una clausola fondamentale dell'appalto indetto per un servizio che deve offrire precise garanzie di qualità, serietà, affidabilità e continuità, anche in ragione della peculiare platea di utenti destinatari, ossia bambini ed adolescenti. Del resto, l'importanza del centro di cottura è tale che la *lex specialis* prevedeva il riconoscimento di un punteggio aggiuntivo a chi disponeva di una struttura alternativa in Provincia di Mantova, idonea a supplire a situazioni di emergenza.

1.5 Né era possibile, nella fattispecie, il ricorso all'integrazione documentale.

E' vero che costituisce principio generale quello per cui l'amministrazione, nel corso della procedura selettiva, legittimamente invita il privato a completare o a chiarire la documentazione esibita senza che, in assenza di regole tassative e di preclusioni imposte, l'esercizio di tale facoltà possa configurare una violazione della par condicio dei concorrenti, rispetto ai quali assume rilievo l'effettività del possesso del requisito. Tuttavia, la possibilità di sanare profili di difformità formale rispetto alle prescrizioni del bando è limitata alle sole ipotesi in cui gli atti tempestivamente prodotti all'amministrazione costituiscono un ragionevole indizio del possesso del requisito di partecipazione non espressamente o univocamente documentato (T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV - 16/5/2005 n. 821). Nella specie ***** - in sede di presentazione della domanda e per sua stessa ammissione - non disponeva di un centro di cottura oltre la data del 31/8/2006, cosicché un'eventuale richiesta di integrazione documentale avrebbe indebitamente alterato la "par condicio" dei concorrenti, investendo un requisito essenziale di partecipazione alla gara che al momento di presentazione dell'offerta era inesistente (cfr. T.A.R. Liguria, sez. II - 14/2/2003 n. 164).

1.6 Non può acquistare rilevanza, infine, nella fase dell'evidenza pubblica, il rimedio invocato dalla Commissione di gara, ossia la possibilità offerta dal capitolato - in realtà diretta espressione dei comuni principi civilistici - di procedere alla risoluzione del contratto, con incameramento della cauzione e risarcimento dei danni, in caso di mancato possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara. E' agevole rilevare come il requisito sia stato previsto all'interno della fase pubblicistica di individuazione del contraente, ponendosi tra le regole del confronto comparativo che debbono trovare uniforme applicazione nei confronti di tutti i partecipanti durante lo svolgimento della selezione. Peraltro, va ribadito che la lacuna è stata dichiarata espressamente dalla ditta ***** e come tale doveva essere oggetto di immediato apprezzamento da parte della Commissione alla luce delle clausole della lex specialis.

In conclusione il primo motivo è fondato e deve essere accolto.

2. Con il secondo motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 12 comma 1 lett. f) del D. Lgs. 157/95, in quanto la controinteressata si sarebbe resa gravemente colpevole di false dichiarazioni, accertate con pronuncia definitiva, nel corso di una gara bandita da altro Comune, a conclusione della quale la stazione

appaltante aveva riscontrato in capo al procuratore speciale di ***** l'esistenza di una sentenza di applicazione della pena su richiesta per reati di natura finanziaria. Aggiunge la ricorrente che mancherebbe comunque la menzione della sentenza nella dichiarazione presentata.

La doglianza è priva di pregio.

Come ha correttamente messo in evidenza la controinteressata, la vicenda invocata dalla ricorrente -

peraltro oggetto di un'articolato iter giudiziale - ha investito il rapporto tra ***** ed il suo procuratore nella gara d'appalto indetta dal Comune di Castiglione delle Stiviere, rispetto al quale il Consiglio di Stato ha stabilito che non è sufficiente l'inesistenza di condanne in capo al Presidente ed al legale rappresentante ma tale "immunità" deve estendersi anche al procuratore che ha sottoscritto l'offerta. Non risulta che i giudici di secondo grado abbiano allora accertato la falsità delle dichiarazioni rese da ***** , la cui gravità peraltro può già ritenersi esclusa in base al dato oggettivo delle decisioni di segno opposto assunte in primo grado e in appello. L'omessa dichiarazione è comunque fattispecie distinta dalla dichiarazione mendace e una tale circostanza - giudicata rilevante in altra procedura selettiva - non deve essere necessariamente richiamata in ogni gara cui la controinteressata partecipa e parteciperà in futuro, in disparte l'osservazione che la condanna era riferita a fatti commessi quando l'autore della dichiarazione lavorava per altra Cooperativa e che da tempo non è più dipendente di *****.

In conclusione il motivo deve essere respinto.

Deve infine essere respinta la domanda risarcitoria, posto che le statuizioni racchiuse nella presente pronuncia appaiono pienamente soddisfattive dell'interesse della ricorrente ad essere individuata come aggiudicataria per l'intero periodo contrattuale.

Come il Collegio ha già avuto modo di osservare (sentenza Sezione 23/11/2004 n. 1695), poichè l'intervenuta aggiudicazione è fonte del diritto soggettivo del vincitore ad addivenire alla stipulazione del contratto, nel caso affrontato ***** è stata erroneamente dichiarata beneficiaria del provvedimento in luogo di ***** , alla quale conseguentemente va riconosciuto il diritto all'instaurazione del rapporto

negoziale. In sede di giurisdizione esclusiva ed a fronte di un'attività a contenuto vincolato, ben può procedere il giudice amministrativo ad un accertamento che non riguardi solamente i vizi di legittimità dei provvedimenti impugnati ma che si estenda alla verifica dell'utilità specifica che spetta al ricorrente.

In conclusione il ricorso è fondato e va accolto nei limiti di cui in motivazione dichiarando l'obbligo dell'amministrazione di aggiudicare l'appalto a *****.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e possono essere liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione staccata di Brescia, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Accerta l'obbligo dell'amministrazione di aggiudicare l'appalto alla ricorrente *****.

Respinge la richiesta di risarcimento danni.

Condanna l'amministrazione resistente e la controinteressata, in solido tra loro, a corrispondere alla ricorrente la somma di € 5.450, al titolo di spese, competenze ed onorari di difesa, oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso, in Brescia, il 27/1/2006,

NUMERO
SENTENZA 133 / 2006

DATA PUBBLICAZIONE 03 - 02 - 2006

<https://www.diritto.it/appalto-triennale-per-il-servizio-di-refezione-scolastica-dichiarata-disponibilita-in-ast-ratto-di-un-centro-di-cottura-in-grado-di-soddisfare-l-intera-durata-del-contratto-e-consentito-ad-un-pres/>