

Attenzione al pericolo di trattamenti di favore alle imprese che già operano nel territorio (TAR Sent. N. 00547/2011)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Attenzione al pericolo di trattamenti di favore alle imprese che già operano nel territori

In sede di presentazione dell'offerta, per tutelare la par condicio, basta richiedere l'impegno ad avere il requisito prima della sottoscrizione del contratto

E' illegittima la clausola di bando avente un carattere prescrittivo riferito al momento della presentazione dell'offerta perché richiede la disponibilità del succitato centro cottura posto nel raggio di massimo 30 km dalla scuola tra i requisiti di carattere tecnico organizzativo richiesti per partecipare alla gara

Le argomentazioni del comune circa la necessità di tale clausola al fine di garantire un servizio efficiente e rispettoso dei diritti dei fruitori del servizio sono del tutto prive di pregio perché tale garanzia - sicuramente opportuna e necessaria - viene tranquillamente assicurata richiedendo la dimostrazione del possesso di tale centro cottura prima della stipula del contratto e quindi includendo tra i requisiti di partecipazione unicamente l'impegno a dotarsene.

Invece è *ictu oculi* evidente che anticipare la richiesta di tale requisito al momento della partecipazione alla gara comporta un palese trattamento di favore per le imprese che già operano nel territorio, il che rende tale clausola illegittimamente discriminatoria e quindi palesemente contraria ai principi comunitari in materia di concorrenza e della più ampia possibile partecipazione alle procedure di gara, nonchè in

violazione dell'art. 42 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 48 della dir. 18/2004/CE, in relazione al principio della proporzionalità e della adeguatezza, come del resto chiarito da una ormai diffusa giurisprudenza

La richiesta di risarcimento danni non può, ovviamente, essere accolta dato che in questa fase il mero accoglimento del ricorso appare soddisfacente delle aspettative di parte ricorrente.

L'amministrazione dovrà pertanto, in corretta esecuzione della presente sentenza, procedere alla riedizione dell'intera gara a partire dalla pubblicazione del bando depurato della previsione relativa al succitato illegittimo requisito

Passaggio tratto dalla sentenza numero 547 del 24 novembre 2011 pronunciata dal Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste

il ricorso deve essere accolto perché la clausola di bando è illegittima e, conseguentemente, l'amministrazione deve rifare l'intera gara, conclusione a cui si giungerebbe in ogni caso anche se, per ipotesi, risultassero fondate le censure rivolte nei confronti dell'esclusione, dal momento che l'aggiudicazione è stata disposta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che l'attribuzione del punteggio tecnico ha chiaramente comportato un apprezzamento discrezionale delle varie voci componenti l'offerta tecnico qualitativa; pertanto, essendo ormai stata conosciuta ed apprezzata l'offerta della concorrente rimasta in gara, è evidente che non sarebbe più possibile garantire la necessaria trasparenza e par condicio.

Nel merito si deve anzitutto precisare che la clausola di bando impugnata aveva chiaramente un carattere prescrittivo riferito al momento della presentazione dell'offerta perché richiedeva la disponibilità del succitato centro cottura posto nel raggio di massimo 30 km dalla scuola tra i requisiti di carattere tecnico organizzativo richiesti per partecipare alla gara.

Le argomentazioni del comune circa la necessità di tale clausola al fine di garantire un servizio efficiente e rispettoso dei diritti dei fruitori del servizio sono del tutto prive di pregio perché tale garanzia - sicuramente opportuna e necessaria - viene tranquillamente assicurata richiedendo la dimostrazione del possesso di tale centro cottura prima della stipula del contratto e quindi includendo tra i requisiti di partecipazione unicamente l'impegno a dotarsene.

Invece è *ictu oculi* evidente che anticipare la richiesta di tale requisito al momento della partecipazione alla gara comporta un palese trattamento di favore per le imprese che già operano nel territorio, il che rende tale clausola illegittimamente discriminatoria e quindi palesemente contraria ai principi comunitari in materia di concorrenza e della più ampia possibile partecipazione alle procedure di gara, nonché in violazione dell'art. 42 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 48 della dir. 18/2004/CE, in relazione al principio della proporzionalità e della adeguatezza, come del resto chiarito da una ormai diffusa giurisprudenza (v. ad es. TAR Abruzzo, L'Aquila, 11.2.2010, n. 88, TAR Sicilia, Palermo, III, 24.9.2010, n. 10824)

Tale previsione è anche assolutamente illogica e contraddittoria perché, oltre a non avere alcuna giustificazione logica - come si è già detto la tutela asseritamente perseguita può e deve essere tranquillamente ottenuta spostando la verifica di tale requisito al momento successivo all'aggiudicazione ed antecedente alla stipula del contratto che sarà ovviamente condizionato alla dimostrazione del possesso di tale centro - è addirittura contrastante con l'indizione di una asserita "procedura aperta", posto che non ha alcun senso indire una gara che è in astratto aperta a tutti quando si richiede ai singoli partecipanti, nella sostanza, di avere già un centro di cottura nelle immediate vicinanze.

Per tutte le considerazioni che precedono il ricorso deve essere accolto, con il conseguente annullamento, in *primis*, del Bando di gara in parte qua e di tutte le previsioni ivi contenute che facciano riferimento al requisito di partecipazione sopracitato, ivi compreso il p.to 22 del "Modello 1") e, conseguentemente, di tutti gli altri atti impugnati relativi allo svolgimento e conclusione della gara.

La richiesta di risarcimento danni non può, ovviamente, essere accolta dato che in questa fase il mero accoglimento del ricorso appare soddisfacente delle aspettative di parte ricorrente.

L'amministrazione dovrà pertanto, in corretta esecuzione della presente sentenza, procedere alla riedizione dell'intera gara a partire dalla pubblicazione del bando depurato della previsione relativa al succitato illegittimo requisito

Riportiamo qui di seguito il testo della sentenza numero 547 del 24 novembre 2011 pronunciata dal Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste.

<https://www.diritto.it/attenzione-al-pericolo-di-trattamenti-di-favore-alle-imprese-che-gia-operano-nel-territorio-tar-sent-n-005472011/>