

TAR CAMPANIA NAPOLI - SEZIONE II - Sentenza 3/4/2018 n. 2083
Pres. Pennetti, Est. Nunziata.

Decisum: sulla configurazione del centro di cottura come requisito di esecuzione del contratto e non come requisito di partecipazione alla gara.

1. Contratti della P.A. – Appalti di servizi – Appalto del servizio di refezione scolastica – Disponibilità di un centro cottura – Deve ritenersi un requisito di esecuzione dell'appalto e non un requisito di ammissione.

2. Contratti della P.A. – Appalti di servizi – Appalto del servizio di refezione scolastica – Disponibilità di un centro cottura – Non può essere considerato requisito di ammissione alla gara – Conseguenza – Illegittimità della clausola del bando.

1. Nel caso di un appalto per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, il possesso di un centro di cottura deve essere considerato non come requisito di partecipazione bensì come requisito di esecuzione dell'appalto, trattandosi di un elemento materialmente necessario per l'esecuzione del contratto esigibile verso il concorrente aggiudicatario definitivo come "condizione" per la stipulazione dello stesso. Ciò in ragione del fatto che solo al momento della stipulazione del contratto si attualizza per l'Amministrazione l'interesse a che il contraente abbia a disposizione una struttura per assicurare il servizio; in caso contrario si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza e irragionevole, perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione definitiva, un centro di cottura, reperendo - con evidente onere economico e organizzativo che poi potrebbe risultare ultroneo per chi non risulta aggiudicatario- immobili idonei alla preparazione di pasti per servizi di ristorazione collettiva, sostenendo i connessi investimenti in vista di una sola possibile ma non certa acquisizione della commessa. (1)

2. Nel caso di un appalto per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, deve ritenersi illegittima la clausola del bando che richieda alle imprese partecipanti, come requisito di ammissione, la disponibilità di un centro di cottura ubicato nel territorio comunale, in quanto sproporzionata e distorsiva del principio di concorrenza tra imprese. In caso di appalto del servizio di refezione scolastica, infatti, il richiedere tout court l'effettiva disponibilità di un centro di cottura nel territorio comunale sin dalla data di presentazione della domanda, senza consentire all'impresa di organizzarsi all'esito della vittoriosa partecipazione, equivale a riservare la gara stessa alle sole imprese che già operano nel territorio, in palese violazione delle disposizioni comunitarie (2).

(1) cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18/12/2017, n.5929 e TAR Campania, Sez. VIII, 19/12/2017 n. 5945.

(2) cfr. TAR Puglia, Bari, Sez. I, 3/11/2009, n. 2602; TAR Lazio, Latina, Sez. I, 1/3/2016 n. 116; TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 22/7/2011, n. 476.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, numero di registro generale 4332 del 2017 proposto dalla Quadrelle – 2001 Soc. Cooperativa Sociale in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Luca Tozzi e con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli alla Via Toledo n.323;

contro

Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Casoria Afragola e Arzano in persona del rappresentante p.t., non costituita in giudizio; Comune di Afragola in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Rosa Balsamo ed elettivamente domiciliato presso la Segreteria del TAR di Napoli;

nei confronti

Sagifi S.p.A., Rti Capital S.r.l., Vegezio S.r.l. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione, della nota della Centrale Unica Committenza (CUC) Casoria, Afragola e Arzano del 2/11/2017 di comunicazione di esclusione, della Determinazione n.1274 del 31/10/2017, oltre agli atti presupposti, nonché per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione del Comune di Afragola;

Vista la memoria di parte ricorrente;

Vista l'ordinanza di questo Tribunale n.1830 del 2017 di rigetto della domanda di sospensione;

Vista la documentazione depositata dal Comune di Afragola;

Visti i motivi aggiunti, con richiesta di sospensione, avverso la Delibera del Comune di Afragola n.1510 del 22/12/17 di approvazione dei verbali di gara ed aggiudicazione definitiva a RTI Capital ed altri;

Viste le dichiarazioni rese a verbale dai difensori delle parti di rinuncia ai termini di legge quanto ai motivi aggiunti al fine di consentire la definizione nel merito della controversia;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore all'udienza pubblica del 20 marzo 2018 il dott. Gabriele Nunziata e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Espone in fatto parte ricorrente di aver partecipato alla procedura di gara bandita dal Comune di Afragola e dalla Centrale Unica Committenza (CUC) Casoria, Afragola e Arzano per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per gli anni scolastici 2017/2018, 2018/2019 e 2019/2020 presso il Comune di Afragola. Il valore della procedura è € 2.082.271,86 ed il criterio di aggiudicazione è quello di cui all'art.95 del D. Lgs. n.50/2016; in sede di esame della documentazione la ricorrente è stata esclusa per aver dichiarato di essere titolare di un centro cottura ubicato a meno di 20 km. dalla sede di Afragola, precisamente in Orta di Atella, centro questo interessato da sentenza del Consiglio di Stato n.3593 del 2017 di conferma di

sentenza di questo Tribunale n.1467 del 2017 e di declaratoria di inagibilità del centro di cottura.

Il Comune di Afragola si è costituito per dedurre circa la puntualità dell'art.13 del Capitolato Speciale che peraltro non è stato oggetto di impugnazione.

Con successivi motivi aggiunti parte ricorrente ha anche impugnato la Delibera del Comune di Afragola n.1510 del 22/12/17 di approvazione dei verbali di gara ed aggiudicazione definitiva a RTI Capital ed altri.

Alla udienza pubblica del 20 marzo 2018 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione come da verbale.

DIRITTO

1. Con il ricorso in esame parte ricorrente deduce la violazione dell'art.83 del D. Lgs. n.50/2016, dell'art.13 del Capitolato speciale e dell'art.25 del DPR n.380/2001, nonché il difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto la disponibilità del centro cottura sarebbe requisito di esecuzione ma non di partecipazione, giusto l'art.13 del disciplinare di gara.

2. Il Collegio ritiene, ad una più approfondita valutazione propria della fase di merito ed anche in esito a successive pronunce giurisprudenziali di seguito indicate, di rivedere l'orientamento espresso in fase cautelare e di propendere per l'accoglimento del ricorso.

3. Proprio con riguardo alla materia per cui è controversia dell'affidamento del servizio di refezione scolastica, in epoca quasi coeva il Giudice d'appello (Cons. Stato, V, 18.12.2017, n.5929) e questo Tribunale (VIII, 19.12.2017, n.5945) – proprio con riferimento all'odierna parte ricorrente ed in parziale divergenza da precedenti sentenze – hanno di recente statuito che il possesso di un centro cottura si pone non come requisito di partecipazione bensì di esecuzione dell'appalto, né il requisito della regolarità dal punto di vista del profilo edilizio-urbanistico è tale, sempre nello specifico caso, che non possa eventualmente intervenire nelle more

della stipula nel caso di eventuale aggiudicazione. Si tratta, in definitiva, di un elemento materialmente necessario per l'esecuzione del contratto di appalto del servizio di mensa scolastica, come tale legittimamente esigibile verso il concorrente aggiudicatario definitivo come “condizione” per la stipulazione del contratto, perché è in quel momento che si attualizza per l'Amministrazione l'interesse a che il contraente abbia a disposizione una struttura per assicurare il servizio; in caso contrario si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza e irragionevole, perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione definitiva, un centro di cottura, reperendo - con evidente onere economico e organizzativo che poi potrebbe risultare ultroneo per chi non risulta aggiudicatario- immobili idonei alla preparazione di pasti per servizi di ristorazione collettiva, sostenendo i connessi investimenti in vista di una solo possibile ma non certa acquisizione della commessa.

3.1 Prima dell'aggiudicazione, considerata l'alea della gara, è in realtà sufficiente, anche ai fini del rispetto della par condicio, che vi sia una formale dichiarazione di impegno del concorrente a procurarsi tempestivamente un centro di cottura, sulla cui base la Stazione Appaltante potrà poi pretendere a pieno diritto che sia acquisita la disponibilità effettiva della struttura, ciò ai fini della stipula e della successiva esecuzione del contratto d'appalto.

In giurisprudenza (cfr. T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, I, 28.7.2017, n.246) si ritiene, dunque, che la disponibilità del centro di cottura debba qualificarsi come un requisito di esecuzione del contratto e non di partecipazione alla gara, come peraltro condivisibilmente affermato dall'Autorità nazionale anticorruzione alla luce dei principi di libera concorrenza, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi e parità di trattamento, ragion per cui la mancata dimostrazione del possesso di tale requisito non può costituire motivo di esclusione dalla gara. Peraltro questa stessa Sezione (10.6.2016, n.2971) aveva precedentemente affermato che il concorrente

deve dichiarare, in fase di partecipazione alla gara, esclusivamente l'impegno (cfr., a tal proposito, il par. 2.2.1 della Comunicazione Interpretativa 2006/C 179/02 della Commissione UE sul diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti; cfr., al riguardo, anche la delibera 13.1.2016 n. 33 dell'ANAC) alla disponibilità di un centro di cottura ma non già l'effettiva disponibilità di esso (da comprovare, invece, in caso di aggiudicazione): diversamente, infatti, si configurerebbe una violazione sia del principio di non discriminazione, sia del principio di parità di trattamento richiamati dall'art. 2 del Codice dei contratti pubblici e, altresì, dei principi cardine del Trattato CE e delle Direttive appalti (cfr., ex multis, Corte di Giustizia, sent. 13.7.1993 n. C-330/91 ove si è affermato che "il principio della parità di trattamento vieta non solo le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, o in base alla sede per quanto riguarda le società, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di distinzione, pervenga in effetti al medesimo risultato"), producendo un iniquo vantaggio agli operatori economici già operanti sul territorio di riferimento e determinando, a causa della richiesta capacità organizzativa aggiuntiva per l'impresa, un elemento di distorsione dei costi del partecipante alla procedura di gara.

3.2 Nella fattispecie il Collegio rileva che la Stazione Appaltante in sede di procedura di gara avesse inteso il possesso di un centro cottura non quale requisito di partecipazione alla gara, bensì come requisito di esecuzione del contratto; infatti l'art.13 del Capitolato speciale prescrive che la Ditta affidataria, allo scopo di garantire uno standard qualitativo elevato del servizio, nonché per salvaguardare le caratteristiche organolettiche dei pasti, provvederà alla refezione scolastica avvalendosi di un centro di cottura pasti che consenta di distribuire i pasti in tutte le scuole in un tempo da individuarsi tra le ore 12:00 e le ore 12:30; anche le disposizioni successive hanno sempre riguardo alle figure di gestore o appaltatore.

3.3 Ciò è, peraltro, pienamente in linea con gli orientamenti giurisprudenziali che,

per gare analoghe a quelle in questione, indicano la necessità che il possesso di un centro cottura sia un requisito di esecuzione del contratto in conformità del principio di massima tutela della concorrenza tra imprese anche in considerazione del diritto dell'Unione Europea e che in tal senso siano interpretate anche le previsioni della *lex specialis* delle procedure di appalto (Cons. Giust. Amm., 15.6.2017, n. 294). Risulterebbe illegittima, infatti, una clausola del bando di gara indetta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica che richieda alle imprese partecipanti, come requisito di ammissione, la disponibilità di un centro di cottura ubicato nel territorio comunale, in quanto sproporzionata e distorsiva del principio di concorrenza tra imprese (T.A.R. Puglia, Bari, I, 3.11.2009, n. 2602). In caso di appalto del servizio di refezione scolastica, infatti, il richiedere tout court l'effettiva disponibilità di un centro di cottura nel territorio comunale sin dalla data di presentazione della domanda, senza consentire all'impresa di organizzarsi all'esito della vittoriosa partecipazione, equivale a riservare la gara stessa alle sole imprese che già operano nel territorio, in palese violazione delle disposizioni comunitarie (T.A.R. Lazio, Latina, I, 1.3.2016, n. 116; T.A.R. Abruzzo, Pescara, I, 22.7.2011, n. 476).

3.4 In quanto requisito di esecuzione, la regolarità del centro cottura non era necessaria al momento della presentazione della domanda ma solo al momento della stipula. In tal senso, peraltro, non appare neanche determinate la circostanza che, stante la necessità di indicare in sede di offerta il centro cottura prescelto, la mancata idoneità dello stesso al momento dell'offerta fosse legata a un fattore sostanziale, quale il profilo della carenza del titolo urbanistico-edilizio. Tale inidoneità, infatti, non appare idonea a rendere ab origine del tutto inaffidabile l'offerta, in quanto non può escludersi, considerata la natura del profilo di irregolarità, che la stessa venga superata nelle more della procedura di gara o all'esito dell'aggiudicazione, ovverosia

che, in caso di aggiudicazione, la ditta possa acquisire il detto requisito in tempo utile ai fini della esecuzione del servizio.

3.5 Per gli esposti motivi meritano accoglimento anche i motivi aggiunti avverso la Delibera del Comune di Afragola n.1510 del 22/12/17 di approvazione dei verbali di gara ed aggiudicazione definitiva a RTI Capital ed altri.

In via generale, in presenza di vizi accertati dell'atto presupposto, deve distinguersi tra invalidità a effetto caducante e invalidità a effetto viziante, nel senso che nel primo caso l'annullamento dell'atto presupposto si estende automaticamente all'atto consequenziale anche quando quest'ultimo non è stato impugnato, mentre nel secondo caso l'atto consequenziale è affetto da illegittimità derivata ma resta efficace ove non ritualmente impugnato; la prima ipotesi ricorre nel solo caso in cui l'atto successivo venga a porsi nell'ambito della medesima sequenza procedimentale quale inevitabile conseguenza dell'atto anteriore, senza necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi, il che comporta la necessità di valutare l'intensità del rapporto di consequenzialità tra l'atto presupposto e l'atto successivo, con riconoscimento dell'effetto caducante qualora detto rapporto sia immediato, diretto e necessario, nel senso che l'atto successivo si ponga, nell'ambito dello stesso contesto procedimentale, come conseguenza ineluttabile rispetto all'atto precedente. Ora nella fattispecie la fondatezza del vizio come rilevato con riguardo al ricorso introduttivo estende i suoi effetti sugli ulteriori passaggi della procedura, ivi compresa l'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, n.617/2017).

3.6 Viceversa non merita accoglimento l'istanza di risarcimento dei danni, in primo luogo per la genericità della stessa, eppoi nella misura in cui si ha riguardo ad interessi c.d. pretensivi relativamente ai quali il privato ha un giustificato e legittimo affidamento nel successivo sviluppo dell'attività amministrativa.

4. Per questi motivi il ricorso ed i relativi motivi aggiunti vanno accolti nei termini indicati con annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara e del successivo di aggiudicazione ad altro concorrente.

La peculiarità della materia ed i successivi orientamenti giurisprudenziali giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto anche mediante motivi aggiunti, lo accoglie come da motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti di esclusione della ricorrente dalla gara e di aggiudicazione definitiva. Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

La sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Napoli, nella Camera di Consiglio del giorno 20 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Gabriele Nunziata, Consigliere, Estensore

Brunella Bruno, Consigliere

L'ESTENSORE
Gabriele Nunziata

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA