



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1114 del 2008, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Copra Ristorazione e Servizi S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Adolfo Mario Balestreri e Giuseppe Gallenca, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Torino, via XX Settembre, 60;

contro

Comune di Torino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Anna Maria Arnone ed Elisabetta Boursier, con domicilio eletto presso l'Avvocatura comunale in Torino, via Corte d'Appello, 16;

nei confronti di

Onama S.p.a.;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale del Comune di Torino n. 95 assunta in data 25 agosto 2008, comunicata alla Società ricorrente il 3 settembre 2008, a firma del Dirigente coordinatore del Servizio Centrale contratti, appalti ed economato,

recante - relativamente al lotto n. 10 - (i) la revoca dell'aggiudicazione disposta in favore di Copra, (ii) la conseguente determinazione di procedere all'escussione della cauzione provvisoria presentata in sede di gara dalla stessa Copra per un importo di euro 54.112,49, nonché infine (iii) l'aggiudicazione della commessa in favore di Onama S.p.a., nella sua veste di impresa classificatasi al secondo posto all'esito della procedura competitiva;

- delle note prot. n. 3441 in data 14 luglio 2008, prot. n. 3562 in data 18 luglio 2008 e prot. n. 3814 in data 4 agosto 2008, recanti (in più fasi) la comunicazione di avvio di procedimento di revoca dell'aggiudicazione disposta in favore di Copra;

- nonché di tutti gli atti ad essi presupposti, antecedenti, conseguenti e comunque connessi, cognitivi e non alla ricorrente Società, ivi inclusi il verbale di sopralluogo in data 7 luglio 2008 effettuato dai professionisti incaricati dalla Divisione servizi educativi del Comune di Torino ed il contratto d'appalto (ove *medio tempore* stipulato);

nonché, con ricorso per motivi aggiunti, per l'ulteriore annullamento

- dell'art. 5.2 del Capitolato Speciale d'Appalto, *in parte qua* tale clausola ha riservato ad una valutazione discrezionale dell'Amministrazione aggiudicatrice la verifica del requisito di partecipazione alla gara dell'idoneità del centro cottura.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2011 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente Copra Ristorazione e Servizi S.r.l. (di seguito, per brevità, “Copra”) aveva partecipato alla procedura ristretta indetta dal Comune di Torino, con bando pubblicato il 21 marzo 2008, per l’affidamento del servizio di ristorazione nelle scuole dell’obbligo e nelle scuole e nidi d’infanzia.

In particolare, Copra aveva presentato offerta per il lotto corrispondente alla circoscrizione comunale n. 10, che comportava la produzione di 1.460 “pasti veicolati” al giorno, dichiarando la disponibilità di un centro cottura in Torino, via Gulli, abilitato alla produzione di 4.500 pasti giornalieri.

All’esito delle operazioni di gara e della verifica di congruità dell’offerta, la Commissione disponeva l’aggiudicazione provvisoria della gara, relativamente al lotto n. 10, in favore della ricorrente.

La stazione appaltante procedeva, quindi, alle verifiche inerenti il possesso dei requisiti prescritti dalla *lex specialis*, effettuando, tra l’altro, un sopralluogo presso il centro cottura indicato dall’aggiudicataria, le cui risultanze ne evidenziavano l’incapacità di garantire, nelle attuali condizioni, la capacità produttiva richiesta.

Previa comunicazione di avvio e interlocuzione procedimentale con l’interessata, il Comune di Torino, con determinazione dirigenziale n. 95 del 25 agosto 2008, disponeva la revoca dell’aggiudicazione provvisoria, motivando tale scelta con riferimento alle risultanze del sopralluogo nonché ai contenuti di un successivo provvedimento con cui l’A.S.L. TO1 aveva diffidato l’odierna ricorrente a non superare la produzione di 810 pasti giornalieri nel centro cottura di via Gulli, fino a quando non sarebbero state risolte alcune problematiche di carattere igienico ed impiantistico.

Con il medesimo provvedimento, veniva disposta l’escussione della cauzione provvisoria di € 54.112,49 versata dalla ricorrente e aggiudicata la gara alla seconda classificata Onama S.p.a.

Con ricorso giurisdizionale ritualmente notificato e depositato, Copra impugna la menzionata determinazione n. 95/2008 e taluni atti endoprocedimentali (comunicazioni di avvio e verbale di sopralluogo), deducendo un motivo di gravame formalmente unico: “Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 48 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere in relazione al difetto di istruttoria ed al travisamento dei presupposti di fatto e di diritto”.

L’esponente insta conclusivamente per l’annullamento dei provvedimenti impugnati e per la condanna al risarcimento dei danni.

Si è costituito in giudizio il Comune di Torino, contrastando nel merito la fondatezza del ricorso e opponendosi al suo accoglimento.

Non si è costituita la controinteressata Onama S.p.a.

Con decreto presidenziale n. 710 del 8 settembre 2008, è stata respinta l’istanza di misure cautelari monocratiche.

Con ordinanza della Sezione n. 781 del 27 settembre 2008, confermata in appello, è stata respinta l’istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente.

Con ricorso per motivi aggiunti successivamente notificato, Copra ha impugnato l’art. 5.2 del capitolato speciale d’appalto, ossia la disposizione, applicata nella fattispecie, che richiedeva, quale requisito di capacità tecnica e professionale, la disponibilità di un centro cottura in grado di garantire la capacità produttiva necessaria per il corretto espletamento del servizio.

Questi i motivi aggiunti di ricorso:

I) Violazione e falsa applicazione dell’art. 5.2, paragrafo 2, del capitolato. Violazione del principio di stretta interpretazione della *lex specialis*. Eccesso di potere in relazione al difetto di istruttoria ed al travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

II) Violazione dei generali principi in tema di affidamento di contratti pubblici. Violazione dell’art. 48 del d.lgs. n. 163/2006.

III) Violazione e/o falsa applicazione del combinato disposto dell'art. 75, comma 6, e dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 (sotto altro profilo).

Ha controdedotto il Comune di Torino, eccependo la tardività del ricorso per motivi aggiunti e la sua infondatezza nel merito.

In prossimità della pubblica udienza, le parti costituite hanno depositato memorie difensive e di replica.

Il ricorso è stato chiamato all'udienza del 16 giugno 2011 e, previa trattazione orale, è stato ritenuto in decisione.

Ha fatto seguito la pubblicazione del dispositivo di sentenza n. 647 del 17 giugno 2011.

DIRITTO

1) E' controversa, nel presente giudizio, la legittimità della determinazione dirigenziale n. 95 del 25 agosto 2008, con cui il Comune di Torino ha revocato l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto del servizio di ristorazione scolastica già disposta in favore della ricorrente, ha proceduto all'escussione della cauzione provvisoria da questa prestata ed ha aggiudicato la gara alla seconda classificata.

Come più diffusamente riferito in premessa, il provvedimento lesivo è motivato con riferimento al mancato possesso del requisito di capacità tecnica e professionale previsto dall'art. 5.2 del capitolato speciale d'appalto, inerente la disponibilità di un centro cottura in Torino idoneo a garantire la produzione del numero di pasti previsti dalla legge di gara.

2) Il ricorso introduttivo si fonda su un motivo di gravame formalmente unico, articolato in quattro censure che conviene esaminare separatamente.

3) Con la prima censura, l'esponente denuncia l'erronea applicazione dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, che limita il potere delle stazioni appaltanti di disporre l'esclusione dei concorrenti dalle gare d'appalto ai soli casi in cui essi non abbiano confermato la veridicità delle dichiarazioni presentate in sede di gara

ovvero non abbiano comprovato il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando.

Nel caso in esame, non sussisterebbe, ad avviso dell'esponente, alcuno dei presupposti configurati dall'art. 48, avendo essa aveva fedelmente dichiarato la disponibilità di un centro cottura rispondente ai requisiti di ubicazione e di capacità produttiva previsti dalla legge di gara, come comprovato dalle autorizzazioni a suo tempo rilasciate dallo stesso Comune di Torino.

La prospettazione di parte ricorrente va disattesa in quanto fondata su un approccio puramente formalistico al citato art. 48 e sull'omessa considerazione delle determinanti circostanze fattuali accertate dalla stazione appaltante nel corso dell'istruttoria.

La disposizione in esame, infatti, non costituisce solo una reazione alle false dichiarazioni eventualmente rese dai concorrenti in sede di gara, ma mira ad evitare che siano ammesse alla procedura competitiva offerte che non diano completo affidamento in ordine al possesso dei requisiti previsti dal bando.

La mancanza dei requisiti previsti rileva, ai fini dell'applicazione della misura di esclusione dalla gara, sia nel caso in cui abbia formato oggetto di una falsa dichiarazione del concorrente sia quando, come verificatosi nella fattispecie, pur non configurandosi gli estremi di una falsa dichiarazione, detti requisiti siano risultati sostanzialmente insussistenti.

In punto di fatto, peraltro, non è dubitabile che la ricorrente non possedesse il requisito di capacità tecnica previsto dall'art. 5.2 del capitolato speciale d'appalto, atteso che il centro cottura da essa indicato non era tecnicamente idoneo, come accertato in sede di sopralluogo e confermato anche da autonomo provvedimento della A.S.L., alla produzione del numero di pasti giornalieri richiesti dalla stazione appaltante (1.460).

La Società interessata, d'altronde, non ha contestato dette circostanze (né in sede procedimentale né con il ricorso giurisdizionale), anzi ne ha fatto chiara ammissione, come si evince, tra l'altro, dalla lettera del 6 agosto 2008, in atti, nella quale, ancora pochi giorni prima della data prevista per l'avvio del servizio, essa affermava che erano in corso di recepimento i rilievi inerenti le dotazioni tecniche del centro cottura.

4) Con la seconda censura, l'esponente denuncia la violazione del principio di fungibilità dei requisiti di partecipazione nelle gare pubbliche, con riferimento al fatto che l'amministrazione non ha considerato gli altri due centri cottura messi a disposizione dalla concorrente e conformi ai requisiti prescritti dalla legge di gara.

Per disattendere tale argomentazione è sufficiente constatare che la concorrente ha indicato i due centri di cottura alternativi solo con lettera del 9 luglio 2008, quindi successivamente al sopralluogo che aveva accertato l'inidoneità della struttura di via Gulli.

Non si tratta, pertanto, di requisiti eventualmente fungibili perché indicati in sede di prequalificazione, ma di elementi sopravvenuti in una fase ampiamente successiva della gara e allegati dalla concorrente nel tentativo di porre rimedio alle carenze già accertate dalla stazione appaltante.

E' evidente che l'amministrazione non avrebbe potuto prendere in considerazione elementi allegati dopo la scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, a scampo di inammissibili violazioni della *par condicio* dei concorrenti.

5) Con la terza censura, l'esponente denuncia nuovamente la violazione dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, atteso che l'elemento risultato carente avrebbe avuto natura di requisito di esecuzione del contratto e non di partecipazione alla gara d'appalto.

Ne deriva, secondo la prospettazione di parte ricorrente, che l'amministrazione avrebbe inteso inammissibilmente accertare il possesso dei requisiti di esecuzione in una fase antecedente la stipulazione del contratto e l'avvio del servizio.

L'inconsistenza del rilievo emerge già alla lettura del capitolato speciale d'appalto, nel quale l'elemento in questione è espressamente qualificato come requisito di capacità tecnica e professionale.

Da un punto di vista sostanziale, peraltro, non pare contestabile, anche alla luce delle indicazioni contenute nell'art. 42 del codice dei contratti pubblici, che, negli appalti di servizi, la dotazione di attrezzature e la capacità produttiva del concorrente possano essere legittimamente richiesti come requisiti di capacità tecnico-professionale.

6) Con la quarta e ultima censura, l'esponente denuncia il vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti, sul rilievo che l'amministrazione avrebbe confuso la capacità produttiva del centro cottura di via Gulli (ossia il numero dei pasti che vi potevano essere giornalmente prodotti) con il numero di pasti che, a causa delle limitazioni imposte dalla A.S.L., venivano effettivamente prodotti in tale centro in un dato momento storico.

Il rilievo, oltre che difficilmente intelligibile, non pare comunque conferente ai contenuti del provvedimento impugnato, nel quale l'insussistenza del requisito tecnico inerente la capacità produttiva del centro cottura è principalmente desunta dalle risultanze del sopralluogo effettuato dalla stazione appaltante, univocamente attestanti l'attuale inidoneità tecnica della struttura a garantire i requisiti di capacità produttiva richiesti dalla legge di gara.

7) Con il ricorso per motivi aggiunti, l'esponente impugna la disposizione della legge di gara con riferimento alla quale è stata revocata l'aggiudicazione provvisoria (l'art. 5.2 del capitolato speciale d'appalto) e introduce nuove censure avverso gli atti già impugnati con il ricorso introduttivo.

8) La stazione appaltante eccepisce la tardività dei motivi aggiunti in quanto, trattandosi di requisiti di partecipazione, il termine per l'impugnazione avrebbe dovuto decorrere dalla conoscenza della legge di gara che detti requisiti aveva fissato.

L'eccezione va disattesa in quanto, per consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr., *ex multis*, T.A.R. Liguria, sez. II, 31 gennaio 2008, n. 144), l'onere di immediata impugnazione è riferito alle sole clausole del bando che comportano la sicura esclusione dalla gara, condizione che non può ritenersi sussistente nella presente fattispecie, ove la mancanza del requisito di partecipazione è stata accertata solo all'esito di appositi approfondimenti istruttori.

9) Nel merito, va rilevato come il primo e il secondo motivo aggiunto di ricorso riproducano sostanzialmente le censure di legittimità già dedotte con il ricorso introduttivo e non necessitano, pertanto, di ulteriore disamina, salvo ribadire che, per le ragioni già esposte *sub* 3), gli accertamenti della stazione appaltante in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione previsti dal bando non si risolvono necessariamente nel mero riscontro della veridicità delle dichiarazioni rese dal concorrente, ma implicano anche, ove necessario, valutazioni di carattere discrezionale tese a verificare la sostanziale sussistenza di tali requisiti.

10) L'unica censura nuova è quella contenuta nel terzo e ultimo motivo aggiunto di ricorso, con cui l'esponente denuncia la violazione dell'art. 75, comma 6, del codice dei contratti pubblici, che prevede l'escussione della garanzia nel caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario.

Tale disposizione, precisa l'esponente, andrebbe letta congiuntamente all'art. 48, comma 1, del medesimo codice, che limita l'escussione della cauzione provvisoria al caso in cui il concorrente sia stato escluso dalla gara perché non aveva confermato le dichiarazioni rese nella domanda di

partecipazione alla gara o non aveva comprovato il possesso dei requisiti richiesti dal bando.

Secondo la ricorrente, nel suo caso non si verificherebbe alcuno dei presupposti per l'escussione della cauzione, versandosi al di fuori delle ipotesi contemplate dal citato art. 48 e non essendosi la ricorrente medesima altrimenti sottratta alla stipulazione del contratto.

Anche quest'ultima censura è priva di pregio e va disattesa.

Si è già avuto modo rilevare, infatti, come la fattispecie sia stata correttamente ricondotta dall'amministrazione aggiudicatrice all'ambito di applicazione dell'art. 48.

Ciò premesso, rimane solo da precisare come la locuzione "fatto dell'affidatario" (che preclude la stipulazione del contratto e legittima l'escussione della cauzione provvisoria) comprenda qualunque ostacolo alla stipulazione che sia riconducibile all'affidatario medesimo, dunque non solo il rifiuto di stipulare, ma anche il difetto dei requisiti di cui all'art. 48 del codice dei contratti pubblici (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 novembre 2010, n. 33141 e 26 ottobre 2009, n. 10429).

11) In conclusione, il ricorso è infondato e deve essere respinto, ovviamente anche per quanto concerne la domanda di risarcimento dei danni.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente a rifondere all'Amministrazione resistente le spese del grado di giudizio che liquida forfetariamente nell'importo complessivo di € 3.000 (euro tremila).

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario, Estensore

Paola Malanetto, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/06/2011

IL SEGRETARIO

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