

I limiti alla previsione nel bando di gara di requisiti economico finanziari più restrittivi di quelli sanciti a livello normativo

di Riccardo Marletta

Data di pubblicazione: 31-1-2017

1. Con riferimento ai requisiti di capacità economica e finanziaria l'art. 83 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, stabilisce che gli stessi devono essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di partecipanti.
2. Lo stesso D.Lgs. n. 50/2016, all'art. 144, comma 3, prevede altresì che l'attività di emissione di buoni pasto sia svolta esclusivamente da società con capitale sociale versato non inferiore a Euro 750.000,00, fissando così alle stazioni appaltanti la soglia di capitale sociale presuntivamente idonea di per sé alla partecipazione alle gare di settore.
3. Di conseguenza, qualora le amministrazioni aggiudicatrici volessero prevedere altri e più rigorosi requisiti di capacità economica e finanziaria per la partecipazione alle procedure per la fornitura di buoni pasto, tali requisiti non potrebbero riferirsi al capitale sociale bensì ad altri elementi, da indicarsi motivatamente nella *lex specialis*, trattandosi ad ogni modo di requisiti restrittivi della concorrenza^[1].

[1] In tema di requisiti maggiormente restrittivi rispetto a quelli previsti a livello normativo, tra le altre TAR Lazio - Roma, Sezione II, 10 maggio 2016, n. 5470; T.A.R. Campania - Napoli, Sezione I, 11 aprile 2013, n. 1924.

Guida alla lettura

La sentenza in commento affronta il problema dei requisiti di capacità economica e finanziaria che possono essere imposti dal bando di gara ai partecipanti alle procedure d'appalto per la fornitura di buoni pasto.

Il TAR Lombardia ha riconosciuto l'illegittimità di una previsione che imponeva ai partecipanti ad una procedura per la fornitura di tali buoni il possesso di un capitale sociale versato non inferiore a Euro 1.500.000,00.

Tale conclusione si fonda anzitutto sull'interpretazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016, il quale impone un generale criterio di proporzionalità e di attinenza all'oggetto dell'appalto cui le stazioni appaltanti devono conformarsi anche con riferimento ai requisiti di capacità economico e finanziaria; ciò al fine di favorire la massima partecipazione alle procedure di gara.

Il TAR Lombardia ha ritenuto che tale previsione risponda al principio di tutela della concorrenza di matrice comunitaria e di proporzionalità dell'azione amministrativa, inteso come necessità di perseguire il pubblico interesse attraverso il minor sacrificio possibile dei privati coinvolti nell'azione dell'amministrazione.

La pronuncia ha poi evidenziato che l'art. 144, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016 prevede il requisito del capitale sociale minimo di euro 750.000,00 per lo svolgimento dell'attività di emissione di buoni pasto; mediante tale previsione il legislatore ha operato una valutazione *ex ante* delle peculiarità del servizio in questione e in tal modo ha fissato la soglia di capitale sociale che le stazioni appaltanti possono richiedere nel bando di gara.

Con la conseguenza che, qualora le stazioni appaltanti intendessero prevedere requisiti di capacità economica e finanziaria più rigorosi, questi non potrebbero riferirsi al capitale sociale bensì ad altri elementi (quali ad esempio il fatturato o le referenze bancarie), da indicarsi motivatamente nella *lex specialis* di gara, trattandosi comunque di requisiti restrittivi della concorrenza.

Pubblicato il 16/01/2017

N. 00089/2017 REG.PROV.COLL.

N. 02963/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2963 del 2016, proposto da:

Day Ristoservice Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Ivan Bullo, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, corso Genova, 14;

contro

Trenord S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Yari Mori, con domicilio eletto presso la sede di Trenord Srl in Milano, piazzale Cadorna, 14;

per l'annullamento

del bando di gara pubblicato sul sito dell'Ente e sulla GUCE il 22 novembre 2015, COG 6874479787 per la fornitura di buoni pasto per il servizio sostitutivo di mensa per il personale Trenord, nella parte in cui richiede, quale requisito di partecipazione, che le concorrenti debbano attestare "di possedere un capitale sociale versato non inferiore a euro 1.500.000" (par.III.2.2),

nonché d'ogni altro atto o provvedimento, a tale disposizione presupposto, conseguente o comunque connesso, con specifico riguardo alla nota di Trenord prot. 0014128 del 15 dicembre 2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Trenord S.r.l.;

Vista la memoria difensiva di Trenord Srl;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2017 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società pubblica Trenord Srl indiceva una gara d'appalto per la fornitura di buoni pasto per il servizio sostitutivo di mensa per il proprio personale.

Fra i requisiti di capacità economica e finanziaria richiesti ai partecipanti, il bando di gara prevedeva (art. III.2.2), il possesso di un "capitale sociale versato non inferiore a 1.500.000 euro".

La società esponente, operante nel settore dei buoni pasto ed avente un capitale sociale di euro 1.200.000,00 (cfr. il doc. 4 della ricorrente, pag. 1), proponeva il ricorso in epigrafe, impugnando la succitata previsione del bando, giacché immediatamente lesiva ed ostativa alla partecipazione alla gara.

Si costituiva in giudizio Trenord Srl, concludendo per il rigetto del gravame.

All'udienza in camera di consiglio del 12.1.2017, il Presidente dava avviso della possibilità di una sentenza in forma semplificata e la causa era trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è fondato, per le ragioni che seguono.

L'art. 83 del D.Lgs. 50/2016, sui criteri di selezione, dispone che i requisiti di capacità economica e finanziaria siano "attinenti e proporzionati" all'oggetto dell'appalto, tenendo presente "l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti".

Tale ultima disposizione appare conforme al noto principio del diritto dell'Unione Europea finalizzato alla tutela ed alla promozione della concorrenza nei pubblici appalti, oltre che al principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, inteso come necessità di perseguire il pubblico interesse attraverso il minor sacrificio possibile dell'interesse dei privati coinvolti nell'azione dell'amministrazione.

Lo stesso d. lgs. 50/2016, al seguente art. 144, comma 3 (articolo rubricato "Servizi di ristorazione"), prevede poi che l'attività di emissione di buoni pasto sia svolta esclusivamente da società di capitali con capitale sociale versato non inferiore a settecentocinquantamila euro (a' sensi dell'art. 2327 c.c. il capitale minimo di una S.p.A. è attualmente di norma non inferiore a cinquantamila euro).

Il legislatore pertanto, consapevole delle particolarità del settore di mercato relativo ai buoni pasto, ha previsto il peculiare requisito del capitale sociale minimo di euro 750.000,00, fissando così alle stazioni appaltanti la soglia di capitale sociale, presuntivamente comunque idonea di per sé alla partecipazione alle gare di settore.

Qualora le amministrazioni aggiudicatrici volessero, alla luce dell'oggetto del contratto, prevedere altri e più rigorosi requisiti di capacità economica e finanziaria, questi ultimi non

potrebbero dunque riferirsi al capitale sociale, bensì ad altri elementi (quali ad esempio il fatturato o le referenze bancarie), da indicarsi motivatamente nella *lex specialis*, trattandosi in ogni modo di requisiti restrittivi della concorrenza (cfr. sulla questione dei requisiti più rigorosi di quelli di legge, fra le tante, TAR Lazio, Roma, sez. II, 10.5.2016, n. 5470).

Inoltre, quando pure si ritenesse che la Stazione appaltante possa innalzare ulteriormente il capitale sociale minimo, richiesto per la partecipazione alle gare d'appalto per la fornitura di buoni pasto, nella presente fattispecie si rileva altresì che il bando (cfr. il doc. 1 della ricorrente e della resistente), individua il requisito di cui è causa senza addurre alcuna motivazione della pur vistosa deroga al regime dell'art. 144 del nuovo codice dei contratti pubblici; parimenti la società resistente, nella propria nota del 15.12.2016 (cfr. il doc. 3 della ricorrente e della resistente), si limita ad affermare la legittimità del requisito con un generico riferimento all'importo a base di gara.

Da ultimo e per completezza preme evidenziare che risulta dalla documentazione versata in atti dalla ricorrente (cfr. i suoi documenti da 15 a 20), che quest'ultima ha svolto il servizio di emissione dei buoni pasto per numerose amministrazioni in varie zone d'Italia, senza che mai fosse previsto un requisito come quello in contestazione.

Si conferma, di conseguenza, l'accoglimento del presente gravame, con conseguente annullamento dell'impugnata disposizione del bando di gara e della successiva nota di Trenord del 15.12.2016.

3. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna Trenord Srl al pagamento a favore della società ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%), e onere del contributo unificato ai sensi di legge (DPR 115/2002).

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Fabrizio Fornataro, Consigliere



L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci