

E' vietato prevedere requisiti sovrabbondanti per la partecipazione alle procedure di gara e occorre rispettare il contraddittorio procedimentale ai fini dell'esclusione del concorrente.

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 12-4-2017

1. Non è autonomamente impugnabile innanzi al G.A. un atto che si limita a preannunciare un provvedimento di natura decadenziale e che è privo di caratteristiche di definitività proprie del provvedimento decisorio.
2. E' illegittimo prevedere requisiti di partecipazione alle procedure di gare d'appalto del tutto sovrabbondanti anche ai fini dell'aggiudicazione definitiva.
3. E' giuridicamente lecito e ammissibile che ai fini dell'ammissione a una gara per il servizio mensa il possesso del centro cottura sia stato dimostrato per mezzo di un contratto di locazione, oltretutto in difetto di contestazione circa la facoltà di sub-locare.
4. E' illegittima l'esclusione dalla partecipazione ad una procedura di gara d'appalto di un concorrente per motivazioni mai sufficientemente rese oggetto di specifico contraddittorio procedimentale con la stessa.
5. Gli effetti di un pronunciamento reso dal Giudice amministrativo in sede cautelare non possono risolversi in un'utilità pari a quella che il ricorrente può attendersi da una sentenza che definisca il merito della controversia, a cagione della fisionomia interinale e provvisoria del provvedimento cautelare.
6. Nulla vieta alla P.a. di attribuire al ricorrente, nell'esercizio di una discrezionalità che può definirsi senz'altro temperata dall'intervento di un'ordinanza cautelare di natura orientativa (anche a motivo degli effetti conformativi della pronuncia), esattamente l'utilità che egli conseguirebbe in caso di esito vittorioso nel merito della controversia.

Guida alla lettura

La sentenza annotata riguarda il ricorso proposto da una società concorrente ad una gara

indetta l'affidamento in appalto del servizio di mensa scolastica per il triennio 2014/2017, avverso il provvedimento di esclusione per non aver rispettato il requisito previsto dal Bando di gara relativo al centro cottura di emergenza, senza, tuttavia specificare sotto quale profilo e per quale aspetto quel requisito non era stato soddisfatto.

Preliminarmente, il Collegio ha respinto l'eccezione di improcedibilità/irricevibilità del ricorso principale, sollevata dalla difesa della società controinteressata, precisando che la decadenza dalla facoltà d'impugnare innanzi al GA opera solo nel caso di atti che hanno natura definitiva e immediatamente lesiva della sfera giuridica e non già di meri atti aventi natura e fisionomia endoprocedimentale.

Nel merito, il ricorso è stato accolto in quanto la stazione appaltante, violando quanto da essa stessa specificato negli atti di gara e violando il generale principio dell'affidamento, aveva posto come condizione di aggiudicazione il possesso del centro cottura e la dimostrazione delle sue caratteristiche prima ancora dell'aggiudicazione definitiva e comunque prima del contratto per la cui stipula non aveva mai invitato la ricorrente.

Inoltre, il Collegio ha osservato che la stazione appaltante non solo aveva proceduto ad una lettura fuorviante della clausola del bando di gara, ma anche e soprattutto aveva finito col pretendere illegittimamente dalla società ricorrente un requisito del tutto sovrabbondante anche ai fini dell'aggiudicazione definitiva.

Peraltro, è emerso che dal raffronto tra l'esame dei motivi che hanno indotto la stazione appaltante a dichiarare la decadenza della ricorrente – essenzialmente incentrati sulla mancata dimostrazione del possesso di un centro di cottura attrezzato e funzionante – e l'indicazione, nella parte dispositiva del provvedimento di esclusione, di una pluralità di ragioni, tutte facenti capo alla presunta violazione del bando di gara, ma mai sufficientemente rese oggetto di specifico contraddittorio procedimentale con la società stessa.

Ciò a fronte, invece, della dichiarazione della società ricorrente di essere in possesso delle attrezzature necessarie all'esecuzione del servizio, e di essere in grado di iniziare il servizio entro venti giorni dall'aggiudicazione definitiva insieme all'ulteriore dichiarazione di essere in possesso di tutte le attrezzature necessarie all'esecuzione del servizio con annesso elenco completo delle attrezzature da impiegare, delle loro caratteristiche tecniche e produttive, della data di costruzione e del valore economico all'origine, che, pertanto, risultava conforme alla relativa prescrizione del bando di gara, concepita - ha sottolineato il Collegio - con tutta evidenza al fine di scongiurare l'alterazione della libertà di concorrenza, in vista della quale è sancito il generale principio di segretezza dell'offerta economica.

Precisato, quindi, che la previsione di *“..aver espletato nel periodo di cui alla lettera precedente i servizi senza reclami e senza incorrere in alcuna sanzione, risoluzione anticipata o segnalazione ad autorità competenti,..”* opera un riferimento oggettivo alle pregresse esperienze dell'operatore economico che partecipa alla gara, che prescinde dalle vicende soggettive del legale rappresentante della società il cui ramo d'azienda è stato oggetto del contratto di affitto, con conseguente ininfluenza di tali vicende ai fini del possesso del richiesto requisito, il TAR ha affrontato la questione dei limiti operativi dei provvedimenti cautelari

rispetto allo spazio decisionale della PA destinataria degli stessi.

Infatti, la società ricorrente incidentale aveva ritenuto che *<<è infatti in re ipsa che un'ordinanza cautelare di accoglimento della sospensiva non può essere interpretata ed eseguita dalla Stazione appaltante come una sentenza definitiva di annullamento del provvedimento di aggiudicazione e questo, ben prima che sia celebrata l'udienza di merito>>*. A tal riguardo, il Collegio ha osservato che *<< E' ben vero che gli effetti di un pronunciamento reso dal Giudice amministrativo in sede cautelare non possono risolversi in una utilità pari a quella che il ricorrente può attendersi da una sentenza che definisca il merito della controversia, a cagione della fisionomia interinale e provvisoria del provvedimento cautelare>>*, *<<Ma nulla vieta alla P.a. di attribuire al ricorrente, nell'esercizio di una discrezionalità che può definirsi senz'altro temperata dall'intervento di una ordinanza cautelare di natura orientativa (anche a motivo degli effetti conformativi della pronuncia), esattamente l'utilità che egli conseguirebbe in caso di esito vittorioso nel merito della controversia.>>*

In sostanza, è rimesso alla stazione appaltante valutare le modalità con cui conformarsi alla pronuncia cautelare, potendo persino spingersi ad un atto di annullamento di una precedente determinazione favorevole ad un operatore economico, e alla conseguente aggiudicazione in favore dell'operatore concorrente.

Quanto al motivo aggiunto al ricorso incidentale inerente il fatto che la società ricorrente principale non disponeva ancora di un immobile da adibire a centro di cottura per le emergenze, il TAR ha rilevato che il bando di gara si limitava a richiedere il possesso di un centro di cottura per le emergenze senza alcuna specificazione in merito al titolo giuridico dal quale la disponibilità dell'immobile derivasse, trattandosi di questione del tutto estranea ai fini della verifica compiuta dalla stazione appaltante.

Ciò posto, è stato ritenuto giuridicamente lecito ed ammissibile che il possesso del centro cottura fosse dimostrato dalla società per mezzo di un contratto di locazione, oltretutto in difetto di contestazione circa la facoltà di sub-locare.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 593 del 2016 proposto da:

XXX Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Quinto C.F. QNTPTR42M14G479F, con domicilio eletto presso lo studio del predetto difensore in Lecce, via Garibaldi 43;

contro

Comune di Tricase, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Società ... , in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Eugenio Dalli Cardillo C.F. DLLGNE67D14I726D, Angela Villani C.F. VLLNGL75R61D862D, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angela Villani in Lecce, viale Michele De Pietro, 23;

per l'annullamento, previa sospensione,

della nota prot. n. 3441 del 24.02.2016 con la quale il Comune di Tricase ha dichiarato la ricorrente decaduta dall'affidamento in appalto del servizio mensa scolastica per il triennio 2014/2017 e dichiarato aggiudicataria provvisoria la ...;

della determina n. 258 del 10.3.2016 di aggiudicazione definitiva del servizio mensa scolastica alla ...;

ove occorra,

della determina n. 199 del 25.2.2016 di approvazione dei verbali di gara;

di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale;

per la dichiarazione di inefficacia del contratto e per il subentro della ricorrente nel servizio, nonché per il risarcimento del danno relativamente al periodo di servizio non espletato;

Visti il ricorso principale e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Cooperativa Italiana di Ristorazione Sc;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla e i relativi motivi aggiunti al ricorso incidentale;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla società ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2016 il Cons. dott. Carlo Dibello e uditi i difensori avv. P. Quinto per la ricorrente e avv. M. Elia, in sostituzione dell'avv. A. Villani, per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Dalla lettura degli atti di causa emerge che la società "... s.r.l." ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Tricase in data 29 agosto 2014 per l'affidamento in appalto del servizio di mensa scolastica per il triennio 2014/2017.

Oggetto della gara era la refezione scolastica presso le scuole dell'infanzia del Comune di Tricase, comprensiva del servizio di provvista, cottura vivande, distribuzione, scodellamento pasti e della pulizia dei locali ove si preparano e si consumano i pasti.

La durata dell'appalto era prevista per il triennio 2014/2017.

Nel corso dei lavori la Commissione procedeva all'esclusione della ricorrente; ciò perché aveva formulato l'offerta economica con un ribasso percentuale (come in effetti era detto nel Bando) e non in valore assoluto.

A seguito di preavviso di ricorso, la Commissione riesaminava e riammetteva ... così poi individuandola come aggiudicataria provvisoria; tanto veniva comunicato con nota del 24 settembre 2015.

Con successiva nota del 4.11.2015, il Comune specificava che <<*prima della stipula del contratto, la ditta deve dimostrare ... i requisiti tecnici e ulteriori come precisato nel punto 16.3 del bando (per esempio per il Centro di Cottura Non è più sufficiente la dichiarazione di disponibilità, bensì bisogna essere in possesso di un Centro di Cottura: possesso in capo alla ditta partecipante; autorizzazioni in capo alla ditta partecipante; requisiti di igienicità del Centro di Cottura; capacità produttiva residua di 500 pasti/giorno; non validità di centri di cottura presso mense scolastiche, mense aziendali, strutture sanitarie, alberghiere, ecc.)>>.*

In data 13 novembre 2015 la società "... " trasmetteva, tra l'altro, la "Documentazione comprovante il possesso del centro cottura per la gestione delle emergenze", allegando il contratto di locazione di un immobile sito in Salve alla via delle Ginestre, di circa mq 165, con la espressa indicazione che il locale era per uso cucina.

Con nota prot. n. 601 del 12.01.2016 il Comune di Tricase, richiamando documentazione trasmessa dal Comune di Salve, riteneva che non era stato rispettato il requisito previsto dalla lettera b) dell'art. 16.3 del Bando di gara, e cioè quello relativo al centro cottura di emergenza, senza peraltro specificare sotto quale profilo e per quale aspetto quel requisito non era stato soddisfatto.

La ricorrente apprendeva che il Comune era giunto a quel giudizio di inidoneità per avere ritenuto che il Centro Cottura fosse all'interno di una struttura balneare-alberghiera e quindi rientrasse in una delle fattispecie escluse dal Bando ("non sono accettati e ritenuti validi ... centri cottura presso ... strutture alberghiere, ecc.").

Per dirimere il dubbio, la società "..." inviava nota 15.01.2016 con la quale chiariva al Comune <<che la struttura sita a Salve in via delle Ginestre non è in alcuna relazione con lo stabilimento balneare e l'albergo di proprietà della società Lido Venere. Pertanto la struttura individuata da ..., risponde ai requisiti richiesti dall'art. 16.3 del bando di gara>>.

Con nota 22 gennaio 2016, il Comune osservava che non era stata inviata alcuna planimetria e invitava la ricorrente, se è vero che "non vi è alcuna relazione con lo stabilimento balneare...", ad inviare "documentazione completa, compresi gli elaborati tecnici, relativa al Centro di cottura".

A tanto la ricorrente provvedeva con nota 23 gennaio, allegando gli elaborati tecnici relativi ad una SCIA per cambio d'uso degli ambienti con tutte le planimetrie del centro cottura e con la specifica indicazione e rappresentazione degli ambienti e delle attrezzature del Centro cottura e dimostrando, planimetrie alla mano, che la struttura nulla aveva a che vedere con lo stabilimento balneare.

A quel punto, il Comune, con nota prot. n. 3441 del 24.02.2016, abbandonando ogni questione -perché superata da ...- sulla "autonomia" del Centro cottura rispetto ad altre attività, dichiarava decaduta la ricorrente dalla aggiudicazione provvisoria, per non aver trasmesso "la documentazione di un attrezzato e funzionante Centro di Cottura di emergenza".

Con successiva determina n. 199 del 25.02.2016 il Responsabile approvava i verbali di gara e quindi con determina n. 258 del 10 marzo 2016 aggiudicava l'appalto alla Ditta seconda classificata, Società

La società "..." è insorta avverso le determinazioni del Comune di Tricase e, a sostegno del ricorso principale, ha articolato le seguenti censure:

VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO, VIOLAZIONE DI LEGGE. ECCESSO DI POTERE. VIOLAZIONE DEL CODICE DEI CONTRATTI.

La controinteressata ...i è costituita in giudizio con atto depositato in data 8 aprile 2016, con il quale ha eccepito l'improcedibilità e l'inammissibilità del ricorso notificato in data 31 marzo 2016 dalla società e, in ogni ipotesi, l'infondatezza in fatto e in diritto del gravame principale, riservandosi di articolare le ragioni a sostegno delle proprie tesi.

Il successivo 11 aprile 2016, è stata altresì depositata una memoria difensiva, oltre ad una serie di documenti allegati.

La Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. ha, in particolare, in questa sede, eccepito l'improcedibilità e l'irricevibilità per tardività del ricorso della società

Con atto depositato in data 13 maggio 2016, la stessa società controinteressata ha proposto ricorso incidentale avverso gli atti della procedura ad evidenza pubblica in esame, *"limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale per i quali si deduce che la Società ... doveva essere esclusa dalla gara."*

Il ricorso incidentale poggia sulle seguenti censure:

I) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI SEGRETEZZA DELL'OFFERTA ECONOMICA — VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI ANTICIPAZIONE DELL'OFFERTA ECONOMICA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 83 DEL T.U. 163/2006 — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL CHIARIMENTO N. 1 RESO IN DATA 09.10.2014 DALLA STAZIONE APPALTANTE — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 42, COMMA 1, LETTERE C) E H) DEL T.U. 163/2006 — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 12, 16.3 LETTERA D), 19 LETTERA E), 25 PUNTO 1 LETTERA II) E PUNTO 10 DEL BANDO DI GARA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL MODELLO "A" ISTANZA DI AMMISSIONE CON DICHIARAZIONE MULTIPLA — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITA' E BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, DI TRASPARENZA E PAR CONDICIO TRA OPERATORI ECONOMICI CONCORRENTI - ECCESSO DI POTERE PER CARENZA D'ISTRUTTORIA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE;

II) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 16.2 E 16.3 DEL BANDO DI GARA — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 25 PUNTO 1 E 11 DEL BANDO DI GARA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 41 E 42 DEL T.U. 163/2006 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 38 E 48 DEL T.U. 163/2006 — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL MODELLO "A" ISTANZA DI AMMISSIONE CON DICHIARAZIONE MULTIPLA - ECCESSO DI POTERE PER CARENZA D'ISTRUTTORIA — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE;

III) (segue sotto altro profilo al II motivo di ricorso incidentale) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 16.2 E 16.3 DEL BANDO DI GARA —VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 25 PUNTO 1 E 11 DEL BANDO DI GARA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 41 E 42 DEL T.U. 163/2006 — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 38 DEL T.U. 163/2006 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 46 E SS. DEL D.P.R. 445/2000 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL MODELLO "A" ISTANZA DI AMMISSIONE CON DICHIARAZIONE MULTIPLA -ECCESSO DI POTERE PER CARENZA D'ISTRUTTORIA — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE;

IV) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 48, COMMA 2 DEL T.U. 163/2006 — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 46, COMMA 1 TER DEL T.U. 163/2006 CON CONSEGUENTE IMPOSSIBILITA' PER LA SOC. ... DI PRODURRE IN GARA ULTERIORE DOCUMENTAZIONE RIFERIBILE AL CENTRO DI COTTURA DI EMERGENZA — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI CONCENTRAZIONE E DI CELERITA' NELL'ESECUZIONE DEL PROCEDIMENTO DI GARA — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI PAR CONDICIO TRA GLI OPERATORI ECONOMICI CONCORRENTI — IMPROCEDIBILITA' DEL RICORSO PRINCIPALE PER CARENZA D'INTERESSE — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE;

V) DISAPPLICAZIONE PER ILLEGITTIMITA' ED ERRONEITA' DEGLI ARTT. 16.3, 22 E 25 PUNTO 8 DEL BANDO DI GARA E DELLE RISPOSTE AI QUESITI NN. 1 E 4 NONCHE' DEI CHIARIMENTI RESI DALLA STAZIONE APPALTANTE IN DATA 15.10.2014 E 17.10.2014 PER: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 42 E 48 DEL T.U. 163/2006 — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DI PRINCIPI DI PAR CONDICIO TRA GLI OPERATORI ECONOMICI CONCORRENTI, DI CONCORRENZA E DI IMPARZIALITA' E BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA — VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE.

Con atto depositato in data 3 giugno 2016, il ricorso incidentale proposto dalla Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. è stato incrementato con *motivi aggiunti* – valevoli anche quale impugnazione autonoma - finalizzati all'annullamento della determinazione dirigenziale n. 456 del 27.04.2016, a firma del Dirigente del Settore Servizi Socio-Culturali del Comune di Tricase relativa all'annullamento della determina n. 258/2016 e all'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento del servizio di mensa scolastica per il triennio 2014/2017 alla Soc.

La controinteressata ha, in questa sede, formulato anche istanza di condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni eventualmente arrecati alla soc. ... dagli atti e dai comportamenti amministrativi impugnati, con riserva di avvalersi solo in subordine ex art. 122 del c.p.a. del risarcimento dei danni per equivalente.

La ricorrente principale, società "... s.r.l." ha proposto, a sua volta, ricorso incidentale depositato in data 1 luglio 2016, avverso gli atti della procedura di gara nella parte in cui hanno ammesso alla procedura stessa la ditta CIR essendosi ravvisata, in proposito, violazione del bando di gara, eccesso di potere, violazione di legge.

In ultima analisi, con atto depositato in data 29 luglio 2016, la Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. ha formulato ulteriori motivi aggiunti di ricorso incidentale attraverso i quali ha insistito per la conferma dell'esclusione dalla procedura aperta in discorso della società

La controversia è stata, infine, trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 28 settembre 2016.

DIRITTO

Il Collegio ritiene doveroso esaminare, in primo luogo, l'eccezione di improcedibilità/irricevibilità del ricorso principale, per come preannunciata dalla difesa della società controinteressata all'atto della sua costituzione in giudizio e, successivamente, sviluppata sotto il profilo argomentativo con memoria in data 11 aprile 2016.

Sostiene, in proposito, la difesa della controinteressata, la tesi della <<*improcedibilità del gravame della società ... per omessa impugnazione della nota prot. nr. 601 del 12.01.2016 a firma del Responsabile del Servizio del Comune di Tricase, recante la comunicazione all'odierna ricorrente introduttiva della "decadenza per mancanza di requisiti previsti dall'art. 16.3 – lettera b) del bando di gara in base alla documentazione fornita dal Comune di Salve sulla struttura "Lido Venere snc", per quanto concerneva il Centro di Cottura di emergenza*>>.

La ricorrente principale si sarebbe limitata a chiedere l'annullamento di provvedimenti di natura meramente confermativa rispetto alla sopra ricordata nota comunale del 12 gennaio 2016 tale dovendo considerarsi, in particolare, la nota del 24 febbraio 2016, con la quale il Comune di Tricase dichiarava la società ... decaduta dall'affidamento in appalto del servizio di mensa scolastica per il triennio 2014/2017 dichiarando, altresì, aggiudicataria provvisoria del servizio la Soc.

L'eccezione di improcedibilità del gravame principale è infondata.

Dalla lettura della nota del 12 gennaio 2016, della quale la controinteressata assume la natura di atto principale adottato dalla Stazione appaltante nei riguardi della società ... e, dunque, autonomamente impugnabile da quest'ultima nel termine decadenziale emerge, in realtà, trattarsi di atto endoprocedimentale che, in esito a controlli provvisori compiuti dal Responsabile del Servizio, si limita a preannunciare un provvedimento di natura decadenziale ma che è privo, tuttavia, di caratteristiche di definitività.

La fisionomia endoprocedimentale dell'atto del 12 gennaio 2016 risulta confermata per un verso, dal fatto che lo stesso Responsabile del Servizio ha consentito l'apertura di una fase di ulteriore contraddittorio procedimentale e di apporto documentale con la società ..., caratterizzata da scambio di note consumatosi oltre la data del 12 gennaio 2016 proprio sulla controversa questione dei requisiti previsti dall'art.16.3. lettera b) del bando di gara; per altro verso, dalla dirimente circostanza che il Responsabile del Servizio dichiara decaduta la società ... non dal 12 gennaio 2016, ma " ..a partire dal 24 febbraio 2016...", segno evidente che solo da questa data la decadenza inizia a produrre gli effetti suoi propri di provvedimento amministrativo di natura sanzionatoria atto a incidere nella sfera giuridica del destinatario.

Da tanto emerge che la società ... non aveva alcun onere di impugnare la nota del 12 gennaio 2016, in ragione della sua natura non definitiva e, per quanto detto, non immediatamente lesiva della sfera giuridica della ricorrente principale.

Ciò detto, e passando alla disamina dei gravami, principale e incidentale, per come reciprocamente proposti dalle società coinvolte nella gara in discorso, si osserva quanto segue.

Il ricorso principale proposto dalla società ... è fondato.

La ricorrente contesta il comportamento tenuto dalla Stazione appaltante nella gestione della procedura ad evidenza pubblica in oggetto, gestione tale da palesare la violazione del principio del giusto procedimento, oltre che il vizio di eccesso di potere.

Siffatti vizi verrebbero posti in luce non appena si rammenti che <<il bando di gara richiedeva, dapprima, la dichiarazione e, poi, la dimostrazione del possesso, per eventuali emergenze, di un proprio centro di cottura autorizzato dall'Asl per la produzione e la preparazione di pasti, precucinati, confezionati, anche da asporto, con una capacità produttiva adeguata alla fornitura e posto entro la distanza massima di 25,00 Km dal Comune di Tricase, della capacità produttiva residua di 500 pasti al giorno. Non sono accettati e ritenuti validi ai fini della partecipazione Centro di cottura presso mense scolastiche, mense aziendali, strutture sanitarie, alberghiere, ecc>>.

“Il Comune aveva poi specificato che il possesso del centro di cottura doveva esservi al momento della aggiudicazione provvisoria e, comunque, prima del relativo contratto” (si fa riferimento ad una nota di chiarimenti del 15 ottobre 2014, in risposta a specifico quesito).

In questo modo, prosegue la ricorrente, <<era di tutta evidenza che ogni questione relativa al Centro di cottura per le emergenze non diveniva più requisito per la partecipazione alla procedura di gara e quindi per l'aggiudicazione, bensì elemento o requisito che doveva esservi nel momento della stipula del contratto >>.

Cosicché il Comune avrebbe dovuto procedere alla aggiudicazione definitiva e poi subordinare il contratto alla dimostrazione del possesso di un centro cottura avente le caratteristiche indicate nel bando.

E' invece accaduto che il Comune, violando quanto da esso stesso specificato e violando il generale principio dell'affidamento, ha posto come *condizione di aggiudicazione* il possesso del centro cottura e la dimostrazione delle sue caratteristiche prima ancora dell'aggiudicazione definitiva e comunque prima del contratto per la cui stipula non ha mai invitato la ricorrente (pag. 6 del ricorso ...).

Questa ricostruzione dell'accaduto e, con essa, la prospettazione delle illegittimità messe in luce dalla ricorrente principale incontrano il favore del Collegio.

Si rammenta, a tal riguardo, che, ai sensi dell'art. 16.3, lettera b) del Bando di gara – Requisiti tecnici e ulteriori – tra i requisiti minimi di partecipazione alla gara, previsti a pena di esclusione, era contemplata la circostanza di “*essere in possesso, per eventuali emergenze, di un proprio centro di cottura autorizzato dall'Asl per la produzione e la preparazione dei pasti precucinati, confezionati, anche da asporto, con una capacità produttiva adeguata alla fornitura e posto entro la distanza massima di 25,00 km dal Comune di Tricase, della capacità produttiva residua di 500 pasti al giorno. Non sono accettati e ritenuti validi ai fini della partecipazione Centri di cottura presso mense scolastiche, mense aziendali, strutture sanitarie, alberghiere, ecc. La distanza, ai fini del bando, viene fatta propria come calcolata sulla*

distanza più breve sul sito www.viamichelin.it".

Ma la stessa Stazione appaltante aveva, con propri reiterati chiarimenti, legittimato l'intendimento del requisito in questione, al momento della partecipazione al bando di gara, alla stregua di *"formale impegno di disponibilità alla realizzazione del centro cottura di emergenza"* (si veda, tra le altre, la nota di chiarimenti del 15 ottobre 2014 del Responsabile del Servizio del Comune di Tricase).

Alla luce di quanto sopra esposto, la successiva dichiarazione, resa ai sensi del D. p.r. 445/2000 da parte dell'Amministratore Unico della azienda ricorrente principale, *"di impegnarsi formalmente alla realizzazione del centro cottura di emergenza che sarà adibito ad esclusivo utilizzo del servizio oggetto dell'appalto del bando di gara....da mantenere a disposizione per il servizio in oggetto in caso di aggiudicazione"* appariva, pertanto, in linea con la lettura della clausola del bando di gara fornita dal medesimo Responsabile del Servizio, nonché Presidente della Commissione giudicatrice, che riconduceva un requisito di partecipazione, previsto a pena di esclusione, in un quadro di ragionevolezza.

Sicchè la società ..., tenuta alla successiva dimostrazione del possesso di un centro di cottura per le emergenze (prima di procedere alla stipula del contratto, per quanto già osservato) trasmetteva al Comune di Tricase, in data successiva alla dichiarazione di disponibilità alla realizzazione del 18 ottobre 2014, (cioè il 13 novembre 2015), la *"documentazione comprovante il possesso del centro di cottura per la gestione delle emergenze"*.

Più in dettaglio, la società ... trasmetteva copia di un contratto di locazione di immobile ad uso cucina che le consentiva di entrare nella disponibilità di un immobile di proprietà della società ..., ubicato in, in via di circa mq. 165 ad uso cucina e, una volta sollecitata dalla Stazione appaltante, copia di una SCIA per cambio d'uso degli ambienti all'interno del locale commerciale di cui sopra, ritenuti tuttavia insufficienti ai fini della dimostrazione del possesso di un *"attrezzato e funzionante Centro di cottura di emergenza"*.

Il Comune di Tricase dichiarava, pertanto, decaduta la ditta "... srl" dall'aggiudicazione della gara in oggetto per non aver ricevuto la documentazione di un *attrezzato e funzionante* centro di cottura di emergenza.

Si rammenta, infatti, che la declaratoria di decadenza impugnata risulta essere stata disposta sulla base del seguente presupposto *<<accertato che in data 23 gennaio 2016 – comunicazione tramite posta certificata – la ditta "...", sempre a firma dell'Amministratore Unico, ... confermava "quanto riportato nella Ns del 15 gennaio 2016, e invia la documentazione richiesta composta dagli elaborati tecnici relativi alla struttura sita in ...", cioè la SCIA precedentemente citata e non la documentazione di un attrezzato e funzionante Centro di Cottura di emergenza>>*.

Il Collegio osserva che la Stazione appaltante, procedendo ad una lettura fuorviante della clausola del bando di gara di cui all'art. 16.3. lettera b), che già aveva suscitato dubbi e incertezze interpretative al momento di specificarne la valenza sotto il profilo dei requisiti di partecipazione, ha finito col pretendere illegittimamente dalla società ... un requisito del tutto

sovraabbondante anche ai fini dell'aggiudicazione definitiva.

La ricorrente principale protesta, infatti, legittimamente di avere inviato al Comune di Tricase non solo la documentazione comprovante l'esistenza di un *attrezzato* e autonomo centro di cottura (la qual cosa si desume a sufficienza dalla planimetria allegata alla SCIA per cambio d'uso degli ambienti all'interno del locale commerciale esistente sito in località ..., che include una legenda descrittiva di ambienti suddivisi e organizzati per l'attività di cucina su larga scala, del tutto indipendenti dalla attività alberghiera gestita dal ...), ma si premura di chiarire con ragione che *"l'essere funzionante è una caratteristica che presuppone una operatività che era esclusa dallo stesso Bando per come precisato dal Comune"*.

Ed invero, l'art. 3 del bando di gara, nel disciplinare il luogo di esecuzione dell'appalto, stabilisce che *"i pasti dovranno essere preparati presso le cucine delle scuole del Comune"* ma che *"in caso di necessità debitamente comprovata e previa autorizzazione della stazione appaltante, l'aggiudicatario, in alternativa o ad integrazione di quanto sopra, potrà utilizzare per la preparazione dei pasti locali di sua proprietà, o reperiti dallo stesso, con canone e utenze a suo carico"*.

La lettura combinata dell'art. 3 e della clausola di cui all'art. 16.3 lettera b del bando di gara depongono, in definitiva, per il fatto che mentre il requisito di partecipazione alla gara veniva soddisfatto dal formale impegno di disponibilità alla realizzazione del centro di cottura di emergenza prima della stipula del contratto, il possesso concreto del centro di cottura in esame non presupponeva, né poteva presupporre caratteristiche come quelle richieste dalla Stazione appaltante in termini di immediata operatività, proprio per la natura meramente eventuale del ricorso al centro di cottura di emergenza.

Né le cose cambiano se si valorizza il dato della *"semplice SCIA per cambio d'uso degli ambienti all'interno del locale commerciale...privo di data e di protocollo"*, che il Comune di Tricase ha richiamato con qualche enfasi nella parte motiva del provvedimento decadenziale, a segnalazione della carenza documentale in cui era incorsa la ricorrente principale.

Deve, sul punto, osservarsi che il bando di gara non richiedeva la produzione di alcun titolo edilizio.

Per converso, non può non essere rimarcata la perplessità con la quale la Stazione appaltante ha adottato il provvedimento oggetto di ricorso principale che, per quanto fin qui detto, va ritenuto illegittimo.

Perplessità che emerge icasticamente dal raffronto tra l'esame dei motivi che hanno indotto la Stazione appaltante a dichiarare la decadenza della ricorrente principale – essenzialmente incentrati sulla mancata dimostrazione del possesso di un centro di cottura attrezzato e funzionante – e l'indicazione, nella parte dispositiva del provvedimento, di una pluralità di ragioni, tutte facenti capo alla presunta violazione dell'art. 16.3, lettera b) del bando di gara, ma mai sufficientemente rese oggetto di specifico contraddittorio procedimentale con la società
....

Alla luce delle suesposte argomentazioni, il ricorso principale merita dunque di essere accolto, con conseguente annullamento del provvedimento di decadenza impugnato dalla società

Quanto al ricorso incidentale, la Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. mira a far valere vizi della procedura di gara, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della società

Con il primo motivo di ricorso incidentale, la ... lamenta *“l'avvenuta violazione del principio generale di segretezza dell'offerta economica considerato che la società ... ha reso edotta la stazione appaltante, anteriormente all'apertura delle buste “B” e “C”, del valore economico di uno degli aspetti oggetto sia dell'offerta tecnica che di quella economica ossia del prezzo delle attrezzature che la medesima avrebbe utilizzato e, al termine del contratto, trasferito al Comune di Tricase”*.

La censura incidentale è infondata.

La società ... si è attenuta ad una previsione del bando di gara.

L'art. 25 del Bando, finalizzato a disciplinare le modalità di presentazione dell'offerta, stabiliva, al punto 10 che la busta n. 1 avrebbe dovuto includere, a pena di esclusione, *“dichiarazione di essere in possesso di tutte le attrezzature necessarie all'esecuzione del servizio, riportante l'elenco completo delle attrezzature da impiegare, le loro caratteristiche tecniche e produttive, la data di costruzione e il valore economico all'origine”*.

La dichiarazione della società ... di essere in possesso delle attrezzature necessarie all'esecuzione del servizio, e di essere in grado di iniziare il servizio entro venti giorni dall'aggiudicazione definitiva, di cui alla lettera I dell'istanza di ammissione alla gara in oggetto, in uno alla ulteriore dichiarazione di essere in possesso di tutte le attrezzature necessarie all'esecuzione del servizio con annesso elenco completo delle attrezzature da impiegare, delle loro caratteristiche tecniche e produttive, della data di costruzione e del valore economico all'origine appaiono, pertanto, conformi alla relativa prescrizione del bando di gara, concepita con tutta evidenza al fine di scongiurare l'alterazione della libertà di concorrenza, in vista della quale è sancito il generale principio di segretezza dell'offerta economica.

Con la seconda e la terza censura incidentale, la ... si duole del fatto che la ricorrente principale ... sia riuscita ad accedere alla gara indetta dal Comune di Tricase per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica solo grazie ai requisiti ottenuti per effetto di un contratto di affitto di ramo d'azienda sottoscritto, in data 25 giugno 2012, con la Cooperativa Risveglio.

Senonchè, questa è la tesi della ricorrente incidentale, quei requisiti non sarebbero più spendibili in gara essendosi appurato il rinvio a giudizio del rappresentante legale della Cooperativa Risveglio (soggetto affittante) per i reati di cui agli artt. 81 cpv e 356, comma secondo c.p., posti in essere in danno di alcuni enti pubblici e, correlativamente, la circostanza che la Cooperativa Risveglio si fosse resa gravemente inadempiente nei confronti di alcune Pubbliche amministrazioni che avevano affidato a questa importanti servizi pubblici”.

Anche questa censura non è fondata.

L'art. 16.3. lettera f) del bando di gara, nel richiedere tra i requisiti tecnici e ulteriori di partecipazione alla gara la circostanza di *"..aver espletato nel periodo di cui alla lettera precedente i servizi senza reclami e senza incorrere in alcuna sanzione, risoluzione anticipata o segnalazione ad autorità competenti,..."* opera un riferimento oggettivo alle pregresse esperienze dell'operatore economico che partecipa alla gara, che prescinde dalle vicende soggettive del legale rappresentante della società il cui ramo d'azienda è stato oggetto del contratto di affitto, con conseguente ininfluenza di tali vicende ai fini del possesso del richiesto requisito.

Con il quarto motivo di ricorso incidentale, la Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. deduce la mancanza, in capo alla ricorrente principale, del requisito del possesso di un centro di cottura per la gestione delle emergenze.

Il motivo di ricorso incidentale è infondato alla luce delle argomentazioni che il Collegio ha speso in precedenza al fine di passare in rassegna il ricorso principale della società ..., affermandone la fondatezza proprio sotto tale specifico aspetto.

Il ricorso incidentale della società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. è stato incrementato da un primo atto di motivi aggiunti, depositato il 3 giugno 2016, con il quale è stata impugnata la determinazione dirigenziale n. 456 del 27 aprile 2016 a firma del Dirigente del Settore Servizi Socio-Culturali del Comune di Tricase relativa all'annullamento della determina 258/2016 e all'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento del servizio di mensa scolastica per il triennio 2014/2017 alla società

Secondo la tesi della ricorrente incidentale, la determinazione 456 del 27 aprile 2016 assunta dal Comune di Tricase è erronea ed illegittima in quanto viziata per eccesso di potere frutto di una carenza di istruttoria ed adottata in conseguenza di un presupposto inesistente.

Ed invero, il Comune di Tricase aveva cura di precisare in tale provvedimento che l'assunzione dello stesso si rendeva necessaria al fine di *<<dare immediata esecuzione all'ordinanza del Tar Puglia – sezione Seconda di Lecce – n. 00192/2016 Reg. Prov. Cau e n. 00593/2016 Reg. Ric., decisa nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2016, nella quale la ditta "... srl" ha ottenuto l'annullamento della determina n. 258 del 10.03.2016 di aggiudicazione definitiva del servizio di mensa scolastica alla "Cir-Food" di Reggio Emilia>>*.

Qualora l'Amministrazione procedente avesse effettuato una disamina maggiormente puntuale dell'ordinanza n. 192/2016 del Tar per la Puglia, sede di Lecce, avrebbe appreso che la disposta statuizione assunta in sede giurisdizionale aveva disposto esclusivamente la sospensione dei provvedimenti gravati dalla società ... nelle more della definizione nel merito del contenzioso de quo senza ovviamente annullare la determina n. 258 del 10 marzo 2016 di aggiudicazione definitiva del servizio di mensa scolastica alla società

Prosegue, poi, la ricorrente incidentale, *<<è infatti in re ipsa che un'ordinanza cautelare di accoglimento della sospensiva non può essere interpretata ed eseguita dalla Stazione*

appaltante come una sentenza definitiva di annullamento del provvedimento di aggiudicazione e questo, ben prima che sia celebrata l'udienza di merito>>.

Anche il primo atto di motivi aggiunti al ricorso incidentale è infondato.

E' ben vero che gli effetti di un pronunciamento reso dal Giudice amministrativo in sede cautelare non possono risolversi in una utilità pari a quella che il ricorrente può attendersi da una sentenza che definisca il merito della controversia, a cagione della fisionomia interinale e provvisoria del provvedimento cautelare.

Ma nulla vieta alla P.a. di attribuire al ricorrente, nell'esercizio di una discrezionalità che può definirsi senz'altro temperata dall'intervento di una ordinanza cautelare di natura orientativa (anche a motivo degli effetti conformativi della pronuncia), esattamente l'utilità che egli conseguirebbe in caso di esito vittorioso nel merito della controversia.

Ciò dipende da valutazioni di opportunità in ordine alle modalità con le quali la Stazione appaltante intende conformarsi alla pronuncia cautelare le quali, si ripete, possono legittimamente spingersi fino ad un atto di annullamento di una precedente determinazione favorevole ad un operatore economico, e alla conseguente aggiudicazione in favore dell'operatore concorrente.

Con il secondo atto di motivi aggiunti al ricorso incidentale, la società ... lamenta il fatto che, *"proprio dalla disamina della suddetta documentazione, di cui è venuta a conoscenza la Soc. ... solo successivamente al deposito della stessa ossia in data 22 giugno 2016, emerge che la società ... ad oggi non dispone neppure di un immobile da adibire a centro di cottura per le emergenze come invece richiesto, si ripete, anche nella citata ordinanza"*.

Tanto deriverebbe dal fatto di avere appurato che il sig. Silfrido Zaccaria, *"il quale in data 22.09.2015 si era obbligato in qualità di legale rappresentante della Lido Venere s.n.c., proprietaria del Centro di cottura sito in Salve, Fraz. Posto Vecchio alla via delle Ginestre, a fornire la disponibilità di tale immobile alla società ... per tutta la durata dell'appalto de quo, è in realtà il locatario dello stesso"*.

Anche questo censura introdotta dalla Società ... non può essere accolta.

Come correttamente opina la difesa della società ..., il bando di gara si limitava a richiedere il possesso di un centro di cottura per le emergenze senza alcuna specificazione in merito al titolo giuridico dal quale la disponibilità dell'immobile derivasse, trattandosi di questione del tutto estranea ai fini della verifica compiuta dalla Stazione appaltante.

Ed è giuridicamente lecito ed ammissibile che il possesso del centro cottura sia stato dimostrato dalla società ... per mezzo di un contratto di locazione, oltretutto in difetto di contestazione circa la facoltà di sub-locare.

Quanto alla dedotta carenza di agibilità dell'immobile in esame, non può che farsi rinvio ai documenti depositati dalla difesa della società ...: la Scia depositata al Comune di Salve il 2

ottobre 2015; la DIA inviata alla Asl e al Comune di Salve il 7 ottobre 2015; il parere igienico sanitario della Asl del 26 gennaio 2016.

Occorre, in ultima analisi, occuparsi del ricorso incidentale proposto, a sua volta, dalla ricorrente principale.

Si tratta di atto che appare improcedibile, sia in ragione dell'accoglimento del ricorso principale, dal quale la società ... ritrae l'utilità derivante dal venir meno della decadenza della propria aggiudicazione, sia a motivo del respingimento del ricorso incidentale della controinteressata e dei motivi aggiunti che hanno arricchito l'impugnazione incidentale, tutti intesi ad affermare la fondatezza di ragioni di esclusione della società ... dalla gara controversa.

Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda

definitivamente pronunciando sul ricorso principale, sul ricorso incidentale proposto dalla ..., sui motivi aggiunti di ricorso incidentale ..., e sul ricorso incidentale ... così provvede:

accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti con esso impugnati;

respinge il ricorso incidentale ...;

respinge il primo e il secondo atto di motivi aggiunti al ricorso incidentale ...;

dichiara improcedibile il ricorso incidentale

Condanna la ... e il Comune di Tricase alla rifusione delle spese processuali che liquida nella complessiva misura di € 4.000,00, in favore della ricorrente, ognuno in misura pari a € 2.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Carlo Dibello, Consigliere, Estensore

