

Pubblicato il 01/03/2017

N. 00081/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00336/2016 REG.RIC.



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 Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 336 del 2016, proposto da:

C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati prof. Aristide Police, prof. Fabio Cintioli e Gennaro Rocco Notarnicola, domiciliato ex art. 25 cpa presso la Segreteria Generale del T.A.R. per il FVG in Trieste, piazza Unità D'Italia 7;

contro

Comune di Grado, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Rosati, con domicilio eletto presso il suo studio in Trieste, via Donota n. 3;

nei confronti di

Serenissima Ristorazione s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

Sodexo Italias s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione cautelare

- della determinazione dirigenziale n. 766 del 10.10.2016, e della relativa nota di trasmissione dell'11.10.2016, con la quale il Comune di Grado ha approvato il verbale di gara del 19.9.2016 e, conseguentemente, disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara per il servizio di ristorazione scolastica (CIG 670493603A);

- del predetto verbale di gara del 19.9.2016, nel quale la Commissione ha ritenuto che "la ditta Consorzio CNS non può essere ammessa alla gara in quanto priva di uno dei requisiti di ammissione", ovvero del requisito di cui al punto III.2.2 del bando di gara, il quale richiedeva che i "Bilanci degli ultimi tre esercizi (2013 - 2014 - 2015) al netto delle imposte (sono) [fossero] almeno in pareggio";

- di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti, tra i quali, per quanto occorra: (i) dell'art. III.2.2 del bando di gara pubblicato sulla GUUE del 26.7.2016, laddove dovesse ritenersi che la previsione ivi recata possa determinare l'esclusione in casi in cui, come nella fattispecie, il concorrente abbia bilanci sostanzialmente positivi nel triennio, ma, per il solo anno 2015, abbia disposto un prudentiale accantonamento al Fondo rischi, in conseguenza di una sanzione amministrativa pecuniaria disposta dall'AGCM oggetto di impugnazione davanti al Tar e, medio tempore, annullata; (ii) del Disciplinare di gara, il quale riporta al paragrafo 9 la medesima previsione del bando testé citato, lì dove tale previsione dovesse essere interpretata nei termini anzidetti; (iii) degli ulteriori provvedimenti, ancorché non conosciuti, adottati nell'ambito della procedura in questione e, ove intervenuta, dell'aggiudicazione della stessa e per la declaratoria di inefficacia

del contratto di appalto nelle more eventualmente stipulato, nonché per la declaratoria del diritto della ricorrente al subentro in tale contratto

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2017 la dott.ssa Manuela Sinigoi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con un unico articolato motivo di gravame, rubricato “Violazione e falsa applicazione dell’art. 83 d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell’art. 4 d.lgs. 50/2016 e, in particolare, dei principi di proporzionalità e massima partecipazione. Eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifesta. Difetto dei presupposti. Difetto assoluto di istruttoria. Difetto di motivazione. Illegittimità diretta e derivata”, il Consorzio Nazionale Servizi società cooperativa (d’ora in poi C.N.S.) ha denunciato l’illegittimità dell’esclusione dalla gara per il servizio di ristorazione scolastica (CIG 670493603A) disposta nei suoi confronti dal Comune di Grado per la ritenuta mancanza del requisito del pareggio di bilancio nell’ultimo triennio di cui al pt. III.2.2 del bando di gara, invocandone l’annullamento, previa sospensione cautelare.

La ricorrente, dopo aver aver esplicitato le ragioni per cui ritiene che il bilancio dell’esercizio chiuso al 31/12/2015 risultava solo formalmente in perdita (accantonamento prudenziale al Fondo rischi della somma necessaria all’integrale copertura della sanzione amministrativa pecuniaria comminata dall’AGCM per la ritenuta commissione di un’intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell’art. 101 TFUE), ha contestato, in particolare, la violazione del principio di massima partecipazione a causa di un’interpretazione, a suo avviso, estremamente formalistica, illogica e irragionevole della lex specialis di gara e della previsione di cui al pt. III.2.2, che non ha tenuto conto, per converso, del risultato economico ampiamente positivo dell’attività d’impresa.

Ha, poi, dedotto che, a ragionare diversamente, ne deriverebbe l'illegittimità della stessa clausola del bando, da un lato, per contrasto con l'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016 e, dall'altro, per illogicità e irragionevolezza.

Infine, ha richiamato l'attenzione sull'intervenuto annullamento medio tempore della sanzione pecuniaria antitrust da parte del Tar del Lazio, idonea, a suo avviso, a far venire meno il presupposto stesso dell'accantonamento disposto a bilancio.

Il Comune di Grado si è costituito in giudizio per resistere al ricorso, eccependone, in via preliminare, l'irricevibilità per tardività, nella parte in cui viene contestata la legittimità della disposizione del bando di gara, attesa la sua natura escludente, con conseguente inammissibilità dello stesso avverso l'atto applicativo di non ammissione alla gara. Ha, poi, controdedotto nel merito, contestandone la fondatezza e concludendo per la sua reiezione.

Dopo la rinuncia della ricorrente all'istanza cautelare, la causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 25 gennaio 2017, in vista della quale le parti hanno ribadito, con memorie, i rispettivi assunti difensivi. Parte ricorrente, a confutazione dell'eccezione preliminare ex adverso sollevata, ha precisato, in particolare, che non contesta la clausola del bando in sé considerata, ma la concreta (illogica ed irragionevole) interpretazione che della stessa ha compiuto la stazione appaltante.

Ha fatto seguito un'ulteriore breve replica della ricorrente.

All'esito dell'udienza su indicata, l'affare è stato introitato per la decisione.

Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'apprezzamento della fondatezza o meno dell'eccezione preliminare di rito sollevata dalla difesa del Comune, atteso che il ricorso è, in ogni caso, destituito di fondamento.

Invero, nel rammentare che il bando di gara prevedeva, tra i requisiti di capacità economica e finanziaria condizionanti la partecipazione alla gara stessa, il possesso del pareggio di bilancio al netto delle imposte negli ultimi tre esercizi (pt. III.2.2 del bando di gara) e che dalla documentazione presentata dalla ricorrente a corredo della domanda di partecipazione

risultava che il bilancio relativo all'anno 2015 era in forte perdita per € 44.846.345,00, pare potersi affermare che il seggio di gara ha fatto buon governo della detta disposizione della lex specialis, peraltro di per sé scevra da qualsivoglia illogicità o irragionevolezza e per nulla violativa dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016.

Gli operatori economici interessati a partecipare alle gare pubbliche, oltre a non trovarsi in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione d'attività, di amministrazione controllata o di concordato preventivo o in ogni altra analoga situazione risultante da una procedura della stessa natura prevista da leggi e regolamenti nazionali, devono possedere, infatti, la capacità economica e finanziaria necessaria ad assicurare l'osservanza delle obbligazioni contrattuali.

Ad avviso del Collegio, in un periodo economicamente critico, come quello attuale, in cui la solidità patrimoniale e finanziaria di molte aziende è messa seriamente in pericolo, non può prescindersi, a maggior ragione, da una puntuale e rigorosa verifica dello stato di salute delle imprese partecipanti alle gare di appalto pubbliche, in quanto accertamento funzionale allo svolgimento positivo degli appalti stessi e ciò a prescindere dalle capacità tecniche e professionali, che pure devono essere possedute.

La necessità di affidare il contratto a soggetti che dimostrino, tra le altre, anche la capacità economica e finanziaria idonea a garantire l'esecuzione delle prestazioni oggetto dello stesso costituisce, infatti, un fondamentale principio ricavabile dalla complessiva disciplina dell'affidamento di pubblici appalti e l'apertura al mercato e alla concorrenza non può mai spingersi sino al punto di compromettere o comunque mettere seriamente in pericolo la regolare esecuzione del contratto.

L'art. 83 del (nuovo) codice appalti, come del resto già il previgente art. 41 del d.lgs. n 163/2006, lascia, peraltro, libertà alle stazioni appaltanti di individuare nella legge di gara gli indici di capacità economica più adatti, col solo limite della "attinenza" e "proporzionalità" all'oggetto dell'appalto,

nella ricerca di un costante bilanciamento con l'interesse pubblico "ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione" (vedi art. 83, comma 2).

Per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere, tra l'altro, che "gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività" (vedi art. 83, comma 4, lett. b).

Avuto riguardo alla durata (36 mesi), alla tipologia del servizio (servizio di ristorazione scolastica), al valore (€ 603.389,75) e, in genere, alle obbligazioni contrattuali cui l'impresa aggiudicataria sarà chiamata a far fronte con i propri mezzi, non solo tecnici e professionali, ma anche, appunto, finanziari, non pare, dunque, sproporzionata e/o irragionevole la disposizione, contenuta nella lex specialis di gara, di condizionare la partecipazione degli operatori economici interessati alla dimostrazione del possesso del pareggio di bilancio al netto delle imposte negli ultimi tre esercizi. Anzi, tale disposizione pare espressione di legittimo esercizio di potere discrezionale, declinato, peraltro, nel rispetto delle norme di legge.

Né, del resto, l'applicazione fatta nel caso oggetto di esame della detta disposizione può essere ritenuta artificio per limitare la concorrenza (art. 30, comma 2, d.lgs. n. 50/2016), essendo palese che una così consistente posta negativa a bilancio porta legittimamente a dubitare della sussistenza di quei requisiti minimi di capacità economica e finanziaria necessari per ottemperare in maniera regolare e qualitativamente adeguata alle prestazioni previste nel capitolato d'appalto, anche, eventualmente, sostenendone anticipatamente i relativi costi di esecuzione.

Al riguardo, deve, invero, convenirsi con la difesa del Comune, laddove pone l'accento sul fatto che il bilancio 2015 della ricorrente era in forte perdita per € 44.846.345,00 e che la dichiarazione integrativa resa dalla medesima a sua giustificazione (accantonamento prudenziale a copertura di

una sanzione amministrativa pecuniaria di € 56.190.090,00 irrogata a CNS da AGCM) non modifica, in ogni caso, da un punto di vista civilistico la connotazione del bilancio come un bilancio in perdita, come si ritrae agevolmente dalla piana lettura dello stato patrimoniale e del conto economico di CNS redatti conformemente allo schema di cui agli artt. 2424 e 2425 C.C., nei quali risulta iscritto un fondo rischi ad integrale copertura della sanzione dianzi indicata, che ha determinato necessariamente una corrispondente voce passiva e la conseguente perdita registrata sia nello stato patrimoniale che nel conto economico dell'esercizio.

Al di là, quindi, di ogni plausibile giustificazione formale, il bilancio 2015 di CNS è, dunque, un bilancio giuridicamente in passivo, preclusivo, a par bando, alla sua partecipazione alla gara di che trattasi.

A nulla rileva, poi, che il Tar del Lazio, con sentenza n. 10303/2016, abbia annullato parzialmente il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, in quanto, in disparte il fatto che tale decisione giurisdizionale è stata depositata appena in data 14 ottobre 2016 ovvero in epoca successiva all'adozione del provvedimento e all'emissione degli altri atti in questa sede impugnati (in particolare, determinazione dirigenziale n. 766 del 10.10.2016 e verbale di gara del 19.9.2016), non può, in ogni caso, omettersi di rilevare che il provvedimento sanzionatorio è stato annullato solo in punto quantificazione e che parte ricorrente non ha comunque offerto nemmeno un principio di prova che possa indurre a ritenere che la nuova quantificazione della sanzione in base ai criteri dettati dal Tar del Lazio renderebbe del tutto inutile l'iscrizione a bilancio del fondo rischi, effettuata in via asseritamente prudentiale.

Sulla scorta delle considerazioni svolte, il ricorso va quindi, come detto, respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite a favore del Comune resistente, che vengono liquidate in complessivi € 3.000,00, oltre Iva e cpa come per legge.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Manuela Sinigoi, Primo Referendario, Estensore

Alessandra Tagliasacchi, Referendario

L'ESTENSORE
Manuela Sinigoi

IL PRESIDENTE
Umberto Zuballi

IL SEGRETARIO