

Publicato il 17/06/2020

N. 06646/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00829/2020 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 Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 829 del 2020, proposto da Fantasy Catering S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Silvia Antonellis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Istituto di Istruzione Superiore Statale Cine-Tv "Roberto Rossellini", Ministero dell'Istruzione non costituiti in giudizio;

Istituto di Istruzione Superiore Cine Tv Roberto Rossellini - Roma, Ministero dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Royal Coffee Distributori Automatici Societa' A Responsabilita' Limitata non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione a contrarre prot. 0004431/U del 19/12/2019 dell'Istituto di istruzione superiore statale Cine-TV "Roberto Rossellini", per "l'indizione di procedura aperta, ai sensi dell'art. 60, del D.Lgs n. 50/2016, per l'affidamento in concessione a titolo oneroso del servizio di somministrazione e vendita al dettaglio di generi alimentari, per un importo a base d'asta pari a € 360.000 (IVA esclusa), con aggiudicazione mediante offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'articolo 95, comma 6 del D.Lgs. 50/2016 CIG: 7542823" (oggi numero gara 7656184 e CIG 8171400499) nella parte in cui lede la ricorrente;
- del successivo bando dell'Istituto di istruzione superiore statale Cine-TV "Roberto Rossellini" relativo a "L'AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE TRIENNALE SERVIZIO SOMMINISTRAZIONE E VENDITA AL DETTAGLIO DI GENERI ALIMENTARI" adottato in "esecuzione della delibera di Consiglio di Istituto n. 30 del 20/12/2018 e della propria determina dirigenziale n. 2766 del 23/09/2019" nella parte in cui lede la ricorrente;
- degli allegati al bando medesimo nella parte in cui ledono gli interessi di parte ricorrente;
- del relativo "Capitolato Speciale per l'affidamento in concessione a titolo oneroso del servizio di somministrazione e vendita al dettaglio di generi alimentari" nella parte in cui lede la ricorrente.
- della delibera del Consiglio di Istituto n. 30 del 20/12/2018 e della determina dirigenziale n. 2766 del 23/09/2019.
- di tutte le comunicazioni pervenute dall'Istituto medesimo in ordine alle richieste di chiarimenti prodotte dalla ricorrente, compresa quella del 14.01.2020.
- di tutti gli altri atti meglio descritti in narrativa, depositati e meglio esplicitati nell'indice apposito nella parte in cui ledono gli interessi di parte ricorrente;

- di ogni altro atto comunque presupposto, connesso e/o conseguente rispetto ai provvedimenti impugnati, anche se non conosciuti e/o in via di acquisizione previa istanza di accesso agli atti debitamente inoltrata, con ampia riserva di proporre successivi motivi aggiunti

nonché per la declaratoria

ai sensi degli artt. 121 e 122 del D.Lgs. n. 104/2010, ove nelle more eventualmente sottoscritto, di inefficacia ex tunc del contratto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto di Istruzione Superiore Cine Tv Roberto Rossellini - Roma e di Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2020 il dott. Emiliano Raganella

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame, la Fantasy Catering S.r.l. ha impugnato il bando per l'affidamento in concessione del servizio di somministrazione e vendita al dettaglio di generi alimentari presso le sedi dell'IISS Cinetv Rossellini nonché la correlata determina a contrarre, il capitolato speciale e le risposte alle richieste di chiarimenti presentate.

Segnatamente, con il primo motivo, la Società ricorrente lamenta l'illegittimità della previsione, nell'art. 5 del bando di gara, di un canone concessorio annuo pari ad € 6.000, per l'utilizzo delle strutture e delle stigliature di proprietà dell'istituto scolastico, in quanto non dovuto, foriero di una duplicazione di sforzi economici, attesa la valutazione, nella componente qualitativa dell'offerta, degli investimenti in arredi e attrezzature, irragionevole e immotivato.

Con il secondo motivo, parte ricorrente lamenta la genericità della lex specialis con riferimento ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica e la conseguente violazione dell'art. 95, d.lgs. 50/16; in altri termini, la ricorrente lamenta la mancata chiara indicazione dei livelli qualitativi attesi e dei parametri di attribuzione dei voti da parte dei commissari.

Con il terzo motivo di ricorso, la Società ricorrente censura, per violazione dell'art. 167, d.lgs. 50/16, la stima del valore della concessione, pari a €360.000 per il triennio, lamentando, in particolare, la mancata specificazione del metodo di calcolo di tale valore negli atti di gara.

Con il quarto motivo di ricorso, la Società ricorrente censura, per violazione dell'art. 168, d.lgs. 50/16, la durata della concessione, pari a tre anni, inidonea ad avviso della ricorrente a permettere l'ammortamento degli investimenti richiesti.

Con successive memorie ha inoltre articolato e specificato le proprie censure.

All'esito della camera di consiglio del 30 aprile 2020 il Collegio ha rilevato l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non contenendo il bando impugnato nessuna clausola immediatamente lesiva idonea a giustificare la sua impugnazione diretta.

All'udienza pubblica dell'8 giugno 2020, tenutasi con modalità da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è inammissibile per carenza di interesse.

Per costante giurisprudenza (Ad. Plen. nn. 1/2003, 4/2011, 9/2014, 4/2018) e per espressa previsione legislativa (art. 120, co. 5, c.p.a.), sussiste un onere di immediata impugnazione del bando di gara solo in presenza di una lesione concreta e attuale della situazione giuridica dell'interessato, ovvero nel caso le clausole impuginate abbiano portata "immediatamente escludente", "dovendosi con tale predicato intendersi quelle che con assoluta certezza gli precludano l'utile partecipazione", secondo l'enucleazione operata dalla giurisprudenza. Al di fuori di questa ipotesi, il

bando di gara va impugnato unitamente all'atto applicativo, dal momento che è quest'ultimo ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

Segnatamente, la possibilità, e quindi l'onere, di immediata impugnazione del bando di gara va "configurata quale eccezione alla regola in base alla quale i bandi di gara possono essere impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, in quanto solo in tale momento diventa attuale e concreta la lesione della situazione giuridica soggettiva dell'interessato. Pertanto, il rapporto tra impugnabilità immediata e non impugnabilità immediata del bando è traducibile nel giudizio di relazione esistente tra eccezione e regola. L'eccezione riguarda i bandi che sono idonei a generare una lesione immediata e diretta della posizione dell'interessato. La ratio sottesa a tale orientamento deve essere individuata nell'esigenza di garantire la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e la massima apertura del mercato dei contratti pubblici agli operatori dei diversi settori, muovendo dalla consapevolezza che la conseguenza dell'immediata contestazione si traduce nell'impossibilità di rilevare il vizio in un momento successivo." (Ad. plen. 4/18, §16.6).

A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare. D'altra parte, ove l'esito negativo della procedura concorsuale dovesse effettivamente verificarsi, l'atto che chiude tale procedura facendo applicazione della clausola o della disposizione del bando di gara o di concorso, non opererà nel senso di rinnovare (con l'atto applicativo) una lesione già effettivamente prodottasi, ma renderà concreta

ed attuale (ed in questo senso, la provocherà per la prima volta) una lesione che solo astrattamente e potenzialmente si era manifestata, ma che non aveva ancora attitudine (per mancanza del provvedimento conclusivo del procedimento) a trasformarsi in una lesione concreta ed effettiva.

Orbene, per definire il concetto di “clausola escludente”, occorre precisare che è suscettibile di assumere tale connotazione qualunque disposizione, contenuta nella *lex specialis* della gara, che, a prescindere dal suo contenuto (e cioè indipendentemente dal fatto che abbia ad oggetto un requisito soggettivo o un adempimento da assolvere contestualmente alla presentazione della domanda di partecipazione) e della fase di concreta operatività (se cioè finalizzata a selezionare i soggetti da ammettere alla gara o a condizionare le modalità di svolgimento del servizio/fornitura/lavoro oggetto di affidamento), sia tale da precludere la partecipazione dell’impresa interessata conseguentemente a contestarla, o comunque da giustificare una prognosi, avente carattere di ragionevole certezza, di esito infausto della sua eventuale partecipazione: è infatti evidente che, ricorrendo tali ipotesi, da un lato, l’impugnazione del provvedimento che sancisca formalmente l’esclusione o la mancata aggiudicazione sarebbe tardiva, essendo ormai cristallizzate le relative vincolanti premesse nella inoppugnata (ed inoppugnabile) *lex specialis*, dall’altro lato, la presentazione della domanda di partecipazione rappresenterebbe un adempimento superfluo, se non contraddittorio (con l’affermata inutilità della partecipazione), non presentando alcuna funzionalità rispetto al soddisfacimento dell’interesse perseguito (alla partecipazione e/o aggiudicazione della gara), il quale non potrebbe che avvenire, nell’ipotesi di accoglimento del ricorso, mediante la rinnovazione ab imis dell’iter procedimentale.

Per estensione (dei presupposti applicativi del suddetto orientamento e della relativa ratio), alla medesima conclusione deve pervenirsi nei casi in cui la clausola contestata, pur non inficiando la domanda di partecipazione

né rendendo ex ante impossibile l'aggiudicazione della gara all'impresa ricorrente, incida – fino a vanificarlo - sull'interesse alla partecipazione e alla successiva aggiudicazione, ergo sulla motivazione dell'impresa ad impegnarsi nel confronto competitivo, nel senso di svuotare il bene della vita messo in gara dalla stazione appaltante di ogni concreta appetibilità: ciò che si verifica, ad esempio, qualora il prezzo a base d'asta sia inidoneo ad assicurare all'impresa (recte, a qualunque impresa) un minimo margine di remuneratività per il capitale impegnato nell'esecuzione della commessa o, addirittura, tale da imporre l'esecuzione della stessa in perdita, essendo evidente che l'Amministrazione, nel perseguimento del suo interesse all'ottenimento della prestazione alle condizioni (specialmente economiche) relativamente più favorevoli, deve temperarlo con l'esigenza di garantire l'utilità effettiva del confronto concorrenziale.

Deve solo rilevarsi, prima di concludere sul punto, che il carattere “escludente” della clausola contestata (nel senso lato appena individuato), ai fini dell'accertamento della ammissibilità del ricorso (anche sotto il profilo della necessità di presentazione, quale strumento per radicare in capo alla ricorrente l'interesse alla sua proposizione, dell'istanza di partecipazione alla gara), deve essere verificato dallo specifico punto di vista dell'impresa ricorrente, dovendo accertarsi se l'efficacia della clausola medesima precluda la partecipazione della stessa alla gara e/o l'aggiudicazione a suo favore della concessione: ciò perché richiede, eventualmente, un requisito che l'impresa ricorrente non possiede, o un adempimento che essa non è in grado di porre in essere, o infine perché conforma le condizioni della commessa (sotto il profilo economico o esecutivo) in guisa tale da renderle non convenienti o non realizzabili, tenuto conto della sua specifica organizzazione imprenditoriale: per contro, la legittimità della clausola, anche sotto il profilo della effettiva incidenza concorrenziale della stessa (nel senso che non solo l'impresa ricorrente, ma anche tutte o, quantomeno, una parte rilevante delle altre imprese del

settore siano sprovviste del requisito contestato, o impossibilitate a porre in essere l'adempimento richiesto, o prive di interesse alla partecipazione), appartiene evidentemente al merito della controversia.

Infine, ad ulteriore chiarimento dei criteri applicabili al fine di verificare il carattere effettivamente ostativo – della partecipazione o dell'aggiudicazione – di una determinata clausola della lex specialis, agli effetti della verifica della ammissibilità del ricorso proposto avverso la stessa, occorre precisare che essa deve avere ad oggetto un requisito o un adempimento non acquisibile né attuabile dall'impresa interessata mediante la profusione di uno sforzo di normale diligenza: sforzo del cui compimento, così come del relativo esito negativo, deve essere offerta seria dimostrazione in sede di giudizio.

Nell'elaborazione giurisprudenziale, il carattere immediatamente escludente ai fini della immediata impugnazione è stato individuato: a) nelle clausole impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ai fini della partecipazione; b) nelle regole procedurali che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. Stato, Ad. plen. 7 aprile 2011, n. 3); c) nelle disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara oppure prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); d) nelle condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e non conveniente (Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293); e) nelle clausole impositive di obblighi contra ius; f) nei bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta oppure che presentino formule matematiche del tutto errate; g) negli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421).

Si tratta di ipotesi tutte accomunate dal fatto di impedire in modo macroscopico, ovvero di rendere estremamente ed inutilmente difficoltoso ad un operatore economico di formulare un'offerta corretta, adeguata e consapevole, configurandosi pertanto come una concreta ed effettiva lesione dell'interesse legittimo dell'impresa a concorrere con gli altri operatori per l'aggiudicazione di una commessa pubblica.

Come anticipato, per determinare un onere di immediata impugnazione del bando infatti, la lesione lamentata deve conseguire in via immediata e diretta, e non soltanto potenziale e meramente eventuale, alle determinazioni dell'amministrazione e all'assetto di interessi delineato dagli atti di gara, in relazione a profili del tutto indipendenti dalle vicende successive della procedura e dai correlati adempimenti.

Infine, occorre sottolineare che i motivi immediatamente escludenti devono avere natura oggettiva e non inerire meramente a pretese situazioni soggettive, ascrivibili ad un giudizio meramente individuale di non convenienza della commessa, deve in altri termini determinarsi una oggettiva impossibilità alla partecipazione.

Ebbene, applicando le illustrate coordinate interpretative alla fattispecie oggetto di giudizio, può concludersi che nessuna delle clausole di cui la Società ricorrente lamenta l'illegittimità riveste portata escludente; il ricorso deve essere di conseguenza dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

Non appare avere immediata ed autonoma portata lesiva la clausola con cui viene previsto un canone concessorio annuo pari a € 6000 per l'utilizzo delle strutture e delle stigliature; la stessa infatti, anche avuto riguardo al valore stimato della concessione, non impedisce all'operatore economico di predisporre l'offerta, né rende tale attività notevolmente più difficoltosa, come è indirettamente dimostrato dall'avvenuta proposizione della stessa da parte della ricorrente e di altri operatori economici. Peraltro, la Società

ricorrente non ha allegato fatti idonei a dimostrare l'antieconomicità dell'assetto concessorio previsto dalla lex di gara.

Le questioni in ordine alla legittimità, alla debenza del suddetto canone, nonché alla valutazione, nella componente qualitativa dell'offerta, degli investimenti negli arredi e nelle attrezzature, e alla lamentata duplicazione degli sforzi economici, attesa l'evidente carenza di lesività immediata, non impedendo all'operatore economico di partecipare alla gara, possono, se del caso, essere oggetto di censura a valle dell'aggiudicazione.

Anche con riferimento alle censure mosse con il secondo motivo di ricorso deve rilevarsi la carenza di interesse della Società ricorrente, attesa l'assenza di immediata ed autonoma portata lesiva della previsione, in tesi, illegittima. La lamentata genericità dei criteri di valutazione dell'offerta, con specifico riferimento ai livelli qualitativi attesi e ai parametri di attribuzione dei voti da parte dei commissari, anche avuto riguardo alle indicazioni contenute nell'art. 12 del bando circa i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, non determina infatti una radicale preclusione nella (o un'inutilità della) predisposizione dell'offerta, né nella valutazione della convenienza economica della stessa, tale da imporre un onere di immediata impugnazione della disposizione censurata.

Parimenti non si rinviene portata escludente nella stima del valore della concessione, in assenza di indicazione del metodo di calcolo della stessa, in presenza peraltro dell'ulteriore indicazione degli utenti potenziali del servizio. La stessa non appare infatti né incongrua né irragionevole in modo macroscopico; d'altronde non sono stati allegati elementi idonei a ritenerla tale, avuto riguardo, ad esempio, a concessioni di servizi similari, sì da rendere la predisposizione dell'offerta eccessivamente difficoltosa e, di conseguenza, la clausola immediatamente lesiva.

Similmente può concludersi per la previsione di durata triennale della concessione, peraltro piuttosto comune, la quale, più che determinare un effetto escludente per l'operatore economico, appare, al più, utile a

predisporre un'offerta economicamente sostenibile quanto agli investimenti promessi con la stessa, oggetto della valutazione qualitativa dell'offerta.

In definitiva, e per tutte le clausole impugnate, deve rilevarsi che le censure formulate non hanno evidenziato come la violazione contestata fosse idonea a compromettere la concreta contendibilità della gara e ad impedire alla Società ricorrente di acquisire piena conoscenza delle regole che ne disciplinavano lo svolgimento e di conseguenza a presentare la propria offerta, presentazione che peraltro è, secondo quanto risulta dagli atti di causa, avvenuta.

Tali clausole non appaiono peraltro inficiate da profili di abnormità, illogicità, arbitrarietà ed irragionevolezza sì da rendere impossibile alla Società ricorrente il calcolo della convenienza economica della commessa e la formulazione di una offerta adeguata e consapevole; in altri termini, non impediscono in modo macroscopico, né rendono estremamente inutile e difficoltoso ad un operatore economico di formulare un'offerta corretta, adeguata e consapevole, configurandosi pertanto come una concreta ed effettiva lesione dell'interesse legittimo dell'impresa a concorrere con gli altri operatori per l'aggiudicazione di una commessa pubblica.

In conclusione, per le suesposte ragioni, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che sono liquidate in € 5.000,00 oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2020
con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Emiliano Raganella, Consigliere, Estensore

Silvia Piemonte, Referendario

L'ESTENSORE
Emiliano Raganella

IL PRESIDENTE
Giuseppe Sapone

IL SEGRETARIO