



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 la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 374 del 2007, proposto da:
Pellegrini Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Massimiliano
Brugnoletti, Demetrio Verbaro, con domicilio eletto presso Demetrio
Verbaro in Catanzaro, via Vittorio Veneto N. 48;

contro

Regione Calabria, rappresentato e difeso dall'avv. Mariano Calogero,
con domicilio eletto presso Mariano Calogero in Catanzaro, c/o
Avvoc.Reg.Le viale De Filippis;

nei confronti di

Onama S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Innocenzo Militerni,
Massimo Militerni, con domicilio eletto presso Giuseppe Sirianni in
Catanzaro, via Crispi,125;

per l'annullamento, previa sospensione

del bando di gara *–in parte qua –* per l'affidamento del servizio

sostitutivo di mensa per il personale del servizio sostitutivo di mensa per il personale della Giunta Regionale della Calabria; del provvedimento con cui la Regione Calabria ha approvato gli atti di gara; del provvedimento di esclusione della Pellegrini S.p.A. dalla gara; del provvedimento di aggiudicazione definitiva; di ogni altro atto presupposto preordinato connesso e consequenziale

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Calabria e di Onama S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2010 il dott. Alessio Falferi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Pellegrini S.p.A. espone che la Regione Calabria, con bando pubblicato il 1 marzo 2007, indiceva una procedura ristretta per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buono pasto elettronico per il personale in servizio presso la Giunta regionale.

L'oggetto dell'appalto era costituito dal servizio sostitutivo di mensa fruibile mediante *card a microchip* conforme al protocollo CNIPA, oltre un servizio informatico di sviluppo finalizzato alla gestione e al

controllo del suddetto servizio, disponibile tramite *web application*, senza necessità d'installare nei personal computer dell'Amministrazione alcun software specifico. La durata dell'appalto era prevista in cinque anni, per un importo complessivo di euro 12.500.000,00, pari all'importo annuo di euro 2.500.000,00.

Quale requisito di ammissione il bando richiedeva, tra l'altro, con riferimento alla capacità economica e finanziaria, di aver maturato, negli ultimi 24 mesi, un fatturato specifico pari a 12.500.000,00 e, con riferimento alla capacità tecnica, di aver perfezionato con un ente pubblico un contratto identico a quello oggetto di gara per un importo biennale di almeno 4.000.000,00 di euro, relativo ad almeno 450.000 pasti annui.

La ricorrente precisa che tali requisiti di ammissione, del tutto spropositati, non avrebbero permesso alla stessa di partecipare alla gara, nonostante potesse vantare notevoli requisiti, essendo tra le aziende leader a livello nazionale, ed essendo l'attuale gestore del servizio in favore della Regione.

La ricorrente, quindi, dopo aver presentato ugualmente domanda di partecipazione alla gara per coltivare il proprio interesse alla procedura concorsuale, impugna il bando censurandolo per *“Violazione degli artt. 41 e 42 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Violazione degli artt. 47 e 48 della Direttiva n. 18 del 31 marzo 2004. Violazione del principio di proporzionalità. Illogicità, irrazionalità ed ingiustizia manifesta.”*

Con atto depositato in data 6 agosto 2007 si è costituita in giudizio la Regione Calabria, la quale chiede che il ricorso sia dichiarato

inammissibile, irricevibile, improcedibile o comunque rigettato perché infondato.

Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 11 febbraio 2008, con contestuale istanza cautelare estesa a tutti i provvedimenti impugnati, la ricorrente impugna il provvedimento, sconosciuto, di esclusione di essa ricorrente e il provvedimento di aggiudicazione definitiva adottato con decreto n. 21861 del 27 dicembre 2007, oltre ad ogni altro atto presupposto, preordinato, connesso e consequenziale.

Con atto di data 19 febbraio 2008 si è costituita in giudizio anche Onama S.p.A., aggiudicataria della gara in questione, la quale chiede che il ricorso sia dichiarato irricevibile, inammissibile, improcedibile e comunque infondato.

In data 20 marzo 2008, la Onama S.p.A. ha depositato ricorso incidentale, con il quale ha chiesto l'annullamento del provvedimento –verbale di constatazione –del 16 aprile 2007 prot. n. 06573, della comunicazione formale inviata alla società Pellegrini in data 24 aprile 2007, prot. n. 06529 e del verbale di contestazione del 24 maggio 2007, nella parte in cui non dispongono, espressamente, l'adozione di un provvedimento di esclusione della Pellegrini S.p.A.

Con ordinanza n. 239, assunta alla Camera di Consiglio del 20 marzo 2008, è stata respinta la richiesta di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati.

All'udienza del 22 ottobre 2010, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Ragioni di ordine logico e di economia processuale inducono ad esaminare prioritariamente il ricorso principale.

Con il ricorso introduttivo la Pellegrini S.p.A. impugna il bando della gara in questione nella parte relativa ai requisiti di ammissione economico-finanziari e tecnici, dalla stessa non posseduti e quindi preclusivi alla sua partecipazione alla gara medesima.

In particolare, con un unico e complesso motivo di ricorso, Pellergini S.p.A. sostiene che il requisito di capacità economica richiesta – aver maturato negli ultimi 24 mesi un fatturato specifico pari ad euro 12.500.000, pari a 6.250.000,00 all'anno - sia del tutto sproporzionato rispetto all'oggetto del contratto –di importo pari a euro 12.500.000,00 per l'intero quinquennio, pari a euro 2.500.000,00 annui - , finendo col restringere illegittimamente la platea dei partecipanti. Analogamente sproporzionato sarebbe il requisito di capacità tecnica, rappresentato dall'aver perfezionato con un ente pubblico un contratto identico a quello posto in gara per un importo di euro 4.000.000,00 negli ultimi 24 mesi, e che abbia comunque comportato la erogazione di almeno 450.000 pasti.

Per la ricorrente tali richieste, che prese in considerazione singolarmente potrebbero sembrare legittime, sono del tutto illegittime ove considerate contestualmente, essendo eccessivamente restrittive e rendendo di fatto accessibile la gara a pochissimi soggetti, soprattutto se si considera che il richiesto servizio sostitutivo di mensa con *card microchip* conforme al protocollo CNIPA e servizio di

supporto informatico con *web application* è di nuova generazione, essendo tale protocollo stato adottato soltanto tre anni orsono.

Conclude, pertanto, la ricorrente affermando che se è vero che è possibile richiedere requisiti di capacità tecnica ed economica più restrittivi di quelli richiesti dalla legge, è altrettanto vero che, avuto riguardo alla tipologia del servizio, la Regione Calabria non poteva richiedere un coacervo di requisiti stringenti, senza bilanciamento con l'oggetto ed il valore dell'appalto, con il tipo di servizio e con l'esigenza di assicurare una pur minima concorrenza.

Con motivi aggiunti depositati in data 11 febbraio 2008, la ricorrente espone che, dopo aver presentato la domanda di partecipazione alla gara in oggetto - pur non avendone i requisiti - ,non riceveva più alcuna notizia in merito alla svolgimento della gara stessa, non essendo stata convocata alla seduta pubblica per l'apertura delle buste . Solo il 25 gennaio 2008, sul BURC della Regione Calabria era pubblicato il decreto n. 21861 del 27 dicembre 2007 di aggiudicazione definitiva della gara in oggetto alla ONAMA S.p.A., provvedimento impugnato unitamente al provvedimento, sconosciuto, di esclusione della ricorrente medesima, per violazione dei principi di pubblicità della seduta di gara, oltre che per i motivi già indicati nel ricorso introduttivo. E' censurata, altresì, la mancata comunicazione del provvedimento di esclusione della ricorrente.

La Regione Calabria, con memoria depositata in data 20 febbraio 2008, sostiene l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, in quanto la Pellegrini S.p.A., come risulterebbe dalla nota di data 10

maggio 2007 in risposta alla richiesta di chiarimenti di data 24 aprile 2007 in ordine al possesso dei requisiti, non avrebbe la disponibilità di un proprio sistema informativo di supporto, conforme al protocollo CNIPA – richiesto dal bando – e, pertanto, a prescindere dai requisiti economico-finanziari e tecnici, correttamente non è stata invitata alla gara. Giacché tale punto non è stato espressamente contestato e fatto oggetto di impugnazione in ricorso, questo sarebbe inammissibile per carenza di interesse.

Con successivi ed ulteriori motivi aggiunti, depositati in data 7 marzo 2008, la ricorrente, impugnando anche il verbale di data 24 maggio 2007, con il quale il Responsabile del procedimento stabiliva di non invitare la medesima alla seguente fase della procedura di gara, contesta la asserita mancanza di disponibilità di un proprio sistema informativo di supporto, conforme al protocollo CNIPA, potendo, in realtà, utilizzare in *outsourcing* il sistema messo a disposizione dalla JDS S.p.A., come dichiarato nella nota del 10 maggio 2007, in piena conformità al disposto di cui all'art. 1, comma 914 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007).

Preliminarmente giova ricordare che l'oggetto dell'appalto in questione era costituito dal servizio sostitutivo di mensa fruibile mediante *card a microchip* conforme al protocollo CNIPA, oltre un servizio informatico di sviluppo finalizzato alla gestione e al controllo del suddetto servizio, disponibile tramite *web application*, senza necessità d'installare nei personal computer dell'Amministrazione alcun software specifico. La durata dell'appalto era prevista in cinque

anni, per un importo complessivo di euro 12.500.000,00, pari all'importo annuo di euro 2.500.000,00.

In considerazione dell'oggetto del contratto sopra descritto, l'Amministrazione Regionale ha individuato, quali requisiti di ammissione, per quanto attiene alla capacità tecnica, l'aver stipulato ed eseguito, per un ente pubblico, un contratto per lo svolgimento di un servizio identico a quello oggetto dell'appalto, per un ammontare di almeno euro 4.000.000,00, negli ultimi 24 mesi, con erogazione di 450.000 pasti annui. La capacità economica-finanziaria, invece, doveva essere dimostrata con apposita dichiarazione attestante, tra l'altro, un fatturato specifico (cioè riferito allo stesso servizio posto in gara), realizzato negli ultimi 24 mesi, non inferiore a euro 12.500.000,00.

La ricorrente, consapevole di non possedere tali requisiti, impugna limitatamente ad essi il bando di gara, contestandone, in buona sostanza, una evidente ed illogica sproporzione rispetto all'oggetto del contratto da stipularsi. Quanto al disponibilità di un sistema informatico di supporto conforme al protocollo CNIPA, la ricorrente non ne censura la richiesta prevista in bando sotto il profilo della legittimità, ma semplicemente afferma di possedere il prescritto requisito. Conseguentemente, deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse (per mancata impugnazione dello specifico profilo) formulata dalla Regione Calabria, in quanto il punto in contestazione consiste nell'accertare se la ricorrente possiede (come dalla stessa sostenuto) o oppure no il

richiesto sistema informatico conforme al protocollo CNIPA, non discutendosi della legittimità della clausola del bando che tale sistema richiede, ma solo della sua applicazione.

Passando, quindi, all'esame del vero nodo della vicenda, si rileva come il ricorso principale sia infondato.

E' noto l'orientamento giurisprudenziale per cui rientra nella discrezionalità tecnica della stazione appaltante la indicazione dei requisiti tecnici richiesti per la partecipazione alla gara. L'Amministrazione è legittimata ad introdurre nella *lex specialis* della gara d'appalto, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene ai requisiti di capacità tecnica e finanziaria tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente restrittiva della concorrenza. Rientra, infatti, nella discrezionalità della stazione appaltante la fissazione dei requisiti di partecipazione ad un gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e della ragionevolezza.

Nel caso in esame, il requisito di capacità tecnica richiesto dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 42 del D.Lgs. n. 163/2006, consiste nella dimostrazione di aver stipulato un singolo contratto – identico, per oggetto, a quello posto in gara - per un ammontare pari ad almeno euro 4.000.000,00 negli ultimi 24 mesi, con l'erogazione di 450.000 pasti, a fronte di un importo complessivo dell'appalto pari ad euro 12.500.000,00, con importo annuo pari ad euro 2.500.000,00. Il requisito richiesto, pertanto, non presenta profili né di

irragionevolezza o illogicità, né di manifesta sproporzione rispetto all'oggetto del contratto posto in gara, tali da ridurre in modo eccessivo o irragionevole la concorrenza. Ciò, inoltre, anche in considerazione della specificità del servizio sostitutivo di mensa posto in gara, cioè un servizio da espletare esclusivamente tramite *card amicrochip* conformi al protocollo CNIPA, nonché servizio informatico di supporto finalizzato alla gestione ed al controllo del suddetto servizio disponibile tramite *web application* senza necessità di installare nei personal computer dell'Amministrazione alcun software specifico, caratteristiche, quindi, che implicano l'utilizzo di procedure informatiche non comuni e che richiedono, quindi, partecipanti particolarmente qualificati.

Pertanto, in considerazioni della legittimità del requisito di capacità tecnica in questione, e del fatto che la ricorrente, al tempo della presentazione della domanda di partecipazione, risultava sprovvista del predetto requisito tecnico, circostanza questa che appare incontestata tra le parti e che emerge chiaramente dalla stessa nota di data 10 maggio 2007 - con la quale Pellegrini S.p.A. ha risposto alla richiesta di integrazione documentale dell'Amministrazione precedente, confermando di non vantare contratti diversi oltre quello in essere con la stessa Amministrazione, contratto che, peraltro, non può dirsi identico a quello posto in gara - deve concludersi che, correttamente, l'odierna ricorrente non è stata invitata alla successiva fase della procedura di gara. Tale circostanza è esplicitata dal verbale di constatazione del 24 maggio 2007, redatto dal responsabile del

procedimento per la stazione appaltante, da quale emerge che la ricorrente non è invitata alla successiva fase della gara per mancanza - per quanto qui rileva - del requisito di aver stipulato negli ultimi 24 mesi un contratto per un servizio identico a quello messo in gara.

Accertato, quindi, che il mancato invito della ricorrente alla successiva fase della gara è legittimo, in quanto in grado di reggersi autonomamente sul mancato possesso del requisito di capacità tecnica, risulta superfluo esaminare la fondatezza delle censure mosse dalla ricorrente, da un lato, al possesso di un proprio sistema informatico certificato con protocollo CNIPA e, dall'altro, alla legittimità del requisito di capacità economico-finanziaria: in ogni caso, quanto al primo aspetto, si osserva come la affermazione di parte ricorrente di disporre di un "*proprio sistema informatico, utilizzando in outsourcing quello messo a disposizione da JDS S.p.A.*" risulta del tutto sfornita di prova; quanto, invece, al requisito di capacità economico-finanziaria, si rileva che se la mancanza di tale requisito in capo alla ricorrente è adombrato, peraltro in via dubitativa, nel verbale del 21 aprile 2007, non si fa alcuna menzione di tale presunta mancanza nel successivo verbale del 24 maggio 2007, con il quale è stato disposto di non invitare la ricorrente alla successiva fase di gara.

In conclusione, alla luce di tutto quanto esposto, il ricorso principale deve essere dichiarato infondato.

Quanto ai motivi aggiunti, con i quali la ricorrente ha impugnato il verbale del 24 maggio 2007 e il provvedimento di aggiudicazione definitiva adottato con decreto n. 21861 del 27 dicembre 2007, si

rileva come debbano essere dichiarati in parte infondati e in parte improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

Invero, per quanto attiene al provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore di ONAMA S.p.A., una volta acclarato che la ricorrente legittimamente non è stata invitata alla fase successiva della procedura ristretta, la stessa non può nutrire alcun interesse alla impugnazione dell'aggiudicazione definitiva di una gara alla quale non poteva partecipare per carenza dei requisiti di ammissione.

Quanto, invece, all'impugnazione del più volte citato verbale di data 24 maggio 2007, la stessa è infondata per le ragioni già esposte in precedenza, relative alla mancanza del requisito di capacità tecnica richiesto, legittimamente richiesto dal bando di gara.

Passando all'esame del ricorso incidentale, lo stesso deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, atteso il rigetto del ricorso principale. Considerato, infatti, che la ricorrente Pellegrini S.p.A. legittimamente non è stata invitata alla successiva fase della procedura, l'attuale aggiudicataria ONAMA S.p.A. non ha più interesse a censurare gli atti di gara, contestando la mancata espressa esclusione della ricorrente principale.

Il ricorso incidentale, pertanto, deve essere dichiarato improcedibile.

In considerazione della particolarità della vicenda, sussistono giustificati motivi per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando respinge il ricorso principale, in epigrafe indicato, dichiara in parte improcedibili e in parte infondati i

motivi aggiunti e improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Concetta Anastasi, Consigliere

Alessio Falferi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/11/2010

IL SEGRETARIO

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