



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1361 del 2010, proposto da:
Lis Lottomatica Italiana Servizi S.p.A., rappresentata e difesa dagli
avv. Piero D'Amelio e Maria Stefania Masini, con domicilio eletto
presso il primo in Milano, presso lo studio legale Ristuccia, Via
Caradosso 12

contro

Fondazione Teatro alla Scala, rappresentata e difesa dagli avv.ti
Francesco Brizzi, Giuseppe Matteo Masoni, Alberto Vita Samory, con
domicilio eletto presso quest'ultimo in Milano, Piazza Borromeo, 10

per l'annullamento

- del bando di gara relativo alla procedura ristretta per l'acquisizione
di un sistema di biglietteria informatizzata per la vendita di biglietti e
abbonamenti relativi agli spettacoli organizzati dalla Fondazione,
comprensivo della fornitura dell'hardware, del software necessario,

nonché della relativa assistenza tecnica, manutenzione e servizio, non esclusivo, di vendita e incasso limitatamente alle vendite on-line nei punti vendita autorizzati di biglietti e abbonamenti - CIG (0483539500) inviato all'ufficio pubblicazione della Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 17.5.2010;

del disciplinare di gara ;

- del chiarimento pubblicato sul sito internet della Fondazione Teatro alla Scala in data 26 maggio 2010;

- della lettera 11 giugno 2010, proc. 1292, con la quale la Fondazione Teatro alla Scala ha risposto alla istanza presentata da Lottomatica ai sensi dell'art. 243 bis, comma 4, del D.lgs n. 1631/2006, nonché

- di ogni altro atto comunque connesso e coordinato, anteriore e conseguente a quelli su indicati, in particolare delle lettere di invito e dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva;

e

per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato e per il risarcimento del danno in forma specifica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Fondazione Teatro Alla Scala;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2011 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori Piero D'Amelio e

Francesco Brizzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europa in data 17.5.2010 la Fondazione Teatro alla Scala ha indetto una procedura ristretta per l'acquisizione di un sistema di biglietteria informatizzata per la vendita di biglietti e abbonamenti relativi agli spettacoli, comprensivo della fornitura dell'hardware, del software necessario, nonché della relativa assistenza tecnica, manutenzione di servizio, vendita incasso limitatamente alle voci on-line.

Il punto III.2.2. n. 1 del bando, relativamente alla "capacità economica finanziaria", richiedeva, a pena di esclusione, un "fatturato per servizi di biglietteria realizzati nello stesso settore in cui opera la stazione appaltante negli ultimi tre esercizi finanziari (2007-2008-2009) che non dovrà essere inferiore complessivamente ad Euro 1.500.000,00".

La ricorrente, a mezzo posta elettronica, in data 26.5.2010, ha presentato una richiesta di chiarimenti nella quale ha chiesto di confermare "che nei servizi di biglietteria realizzati nello stesso settore in cui opera la stazione appaltante si intendono ricompresi i servizi di biglietteria automatizzata per eventi di prosa, musica, danza, spettacoli e sportivi". In pari data, la Fondazione rispondeva che "in merito alla definizione di stesso settore in cui opera la stazione appaltante si evidenzia che viene considerato settore in cui opera la Fondazione

Teatro alla Scala, in relazione ai codici indicatori del genere evento attribuiti dalla Siae la seguente tipologia di attività – 48, teatro lirico, 49, balletto classico, 52 concerti classici. Le altre attività non rientrano tra quelle componenti lo stesso settore in cui opera la stazione appaltante”.

La ricorrente espone in fatto di essere uno dei principali operatori di servizi di biglietteria presenti sul territorio nazionale, ma di non raggiungere il limite del fatturato nel suddetto specifico settore e pertanto di non aver presentato domanda di partecipazione alla procedura de quo, essendone a tale stregua certa la reiezione.

Con il presente ricorso è stato dunque direttamente impugnato il bando di gara, il relativo disciplinare, il predetto chiarimento del 26.5.2010, nonché la lettera di riscontro dell’istanza ex art. 243 *bis* c. 4 D.Lgs. n. 163/06, deducendo la violazione dell’art. 42 della richiamata D.Lgs. sul rilievo della sproporzione dei requisiti di capacità economico - finanziaria richiesti, non configurandosi a suo avviso alcuna ragione di differenziazione tra i servizi di biglietteria automatizzata in relazione all’oggetto o al luogo ove si svolgono eventi culturali.

Si sono costituite in giudizio la stazione appaltante e la controinteressata, insistendo per la reiezione del ricorso, eccependo in rito la sua inammissibilità per mancata proposizione della domanda di partecipazione.

Nel merito il ricorso sarebbe in ogni caso infondato, alla luce dell’assunta lata potestà della stazione appaltante di introdurre

requisiti di partecipazione più rigorosi e selettivi di quelli previsti ex lege, avuto anche riguardo all'alta qualificazione internazionale e alla specificità del settore in cui opera la Fondazione.

Con ordinanza cautelare n. 662/10 il Tribunale ha disatteso la domanda di sospensione degli atti impugnati, ma tale ordinanza è stata riformata in sede di appello dal Consiglio di Stato.

DIRITTO

In via preliminare il Collegio deve darsi carico dell'eccezione di inammissibilità sollevata dalla Fondazione resistente e dalla controinteressata.

A parere della Sezione essa deve essere, tuttavia, disattesa, non potendosi ragionevolmente invocare alcun obbligo di presentazione della domanda di partecipazione ad una procedura dalla quale la ricorrente sarebbe stata inevitabilmente esclusa.

La stessa non possedeva, infatti, il requisito del cosiddetto "fatturato specifico", così come individuato dalla stazione appaltante, da cui il carattere "immediatamente escludente" della previsione.

Osserva, al riguardo, il Collegio che l'indirizzo giurisprudenziale favorevole a ritenere ammissibile il ricorso avverso clausole immediatamente escludenti anche in assenza della presentazione di una domanda di partecipazione, peraltro tuttora contraddetto da un più formale orientamento, appare destinato a consolidarsi alla luce delle recenti innovazioni in materia di tutela giurisdizionale negli appalti a seguito della recezione nell'ordinamento nazionale della direttiva comunitaria 2007/66/CE dell'11.12.2007 con D.Lgs. n.

53/2010, dai cui iniziali “considerando” traspare la finalità di anticipare la tutela ad una fase della procedura di affidamento in cui non se ne sono ancora consolidati gli effetti (obblighi di comunicazione, informativa di proporre il ricorso, termine di stand-still) e dunque anche all’impugnazione del bando.

Nel merito il ricorso merita accoglimento.

L’indubbia specialità dell’attività posta in essere dalla Fondazione non pare, invero, obiettivamente interferire con l’oggetto del presente appalto, con cui essa ha inteso acquisire un servizio meramente strumentale. Né la ben nota e meritata “fama mondiale” del Teatro alla Scala può di per sé giustificare l’introduzione nel bando di requisiti di partecipazione più restrittivi, attingendo ad una pretesa area di discrezionalità amministrativa, che nella specie non si configura sotto alcun possibile profilo.

Concorre con le svolte argomentazioni il fatto che, tra il servizio di prenotazione dei biglietti con sussidi informatici e la produzione artistica della Fondazione sussiste un’obiettiva e palese soluzione di continuità, il che significa che l’ampliamento della platea delle imprese partecipanti corrisponde anche all’interesse di perseguire un’offerta tecnicamente valida al corrispettivo più conveniente.

Resta da precisare che, ove si fossero configurate esigenze particolari, strettamente legate all’attività della stazione appaltante, ben avrebbero dovuto essere valorizzate nel quadro di una diversa gara, governata dal parametro dell’offerta economicamente più vantaggiosa e non invece quali criteri di esclusione *tout court* in danno delle imprese

operanti nel settore in questione.

Non possono, infine, essere condivise le difese della Fondazione, nella parte in cui evidenziano come la ricorrente avrebbe potuto facilmente soddisfare il requisito di partecipazione contestato ricorrendo all'istituto dell'avvalimento o partecipando in raggruppamento temporaneo di imprese.

Entrambi gli istituti (avvalimento e a.t.i.) sono stati introdotti dal diritto comunitario per favorire la tutela della concorrenza, onde consentire la partecipazione ad operatori economici di modeste dimensioni ad appalti di ingente importo e non possono essere invocati per giustificare clausole restrittive della partecipazione e della concorrenza.

Anche l'ulteriore rilievo, secondo cui il predetto requisito sarebbe proporzionato quanto all'importo deve essere disatteso. Al di là dell'eventuale ammontare del fatturato richiesto, pari a una volta e mezzo il valore presunto del contratto, ciò che rende *in primis* illegittima la clausola *de quo* non è la sua entità, ma il suo contenuto qualitativo, che arbitrariamente restringe l'oggetto del fatturato ai servizi informativi realizzati nell'identico settore in cui opera la stazione appaltante.

Il ricorso va conseguentemente accolto.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio, in relazione alla peculiarità della controversia.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione I

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla Fondazione Teatro alla Scala.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Mauro Gatti, Referendario, Estensore

Laura Marzano, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/04/2011

IL SEGRETARIO

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