

N. 1112/2011 Reg. Prov. Coll. N. 7404 Reg. Ric. ANNO 2010 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 7404/2010 R.G., proposto da:

S. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Paccione, con domicilio eletto presso A. A. in Napoli, via
...omissis...

;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II, in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dall'avvocato Anna Testa, con domicilio eletto presso la stessa in Napoli, via G.Gigante, 43;

per l'annullamento

della procedura di gara aperta per la gestione quinquennale del servizio di distributori automatici di alimenti e bevande; e di ogni altro atto connesso e conseguente

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2011 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

Con bando pubblicato sulla GURI del 5 novembre 2010 l'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di distribuzione automatica di bevande calde e fredde e di alimenti solidi e gelati mediante apparecchi da

collocare nelle diverse sedi dell'Azienda.

Avverso tale provvedimento ha proposto ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale la S. s.r.l. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari; la ricorrente, in particolare, ha dedotto l'illegittimità dell'art. 15, n. 9 del capitolato speciale d'appalto che ha previsto come requisito di partecipazione a pena di esclusione la realizzazione nel triennio 2007-2008-2009 di un utile netto prima delle imposte non inferiore al 2,5% del fatturato.

La S. s.r.l. ha censurato la motivazione addotta dalla stazione appaltante a sostegno dell'introduzione di tale requisito, negando che lo stesso fosse idoneamente rivolto ad assicurare alti livelli di qualità della prestazione oggetto di appalto, così come inteso dall'Azienda resistente in ragione di prospettate esigenze di particolare tutela dei fruitori del servizio; al riguardo, è stato dalla ricorrente obiettato che gli alti costi necessari per assicurare tale target qualitativo, sottendono piuttosto una contrazione dell'utile e non un suo incremento; in questo senso, la scelta della stazione appaltante si rivela irragionevole, contraria a criteri di selezione del miglior contraente, oltre che ingiustificatamente limitativa del principio del *favor participationis*

Con decreto presidenziale n. 2531 del 30 dicembre 2010 è stata accolta la domanda di concessione di misure cautelari inaudita altera parte, con ammissione della ricorrente alla gara ai fini della valutazione dell'offerta.

Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II chiedendo il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, sollevando eccezione di nullità del ricorso per carenza di idonea identificazione della società ricorrente.

Alla camera di consiglio del 26 gennaio 2011, fissata per la trattazione della domanda cautelare ed in vista della quale la società ricorrente ha depositato atto notarile del 15 ottobre 2010 di sua trasformazione da s.r.l. in s.p.a., il Tribunale ha trattenuto la causa per la decisione, sussistendo i requisiti per una sentenza in forma semplificata.

Va innanzitutto respinta l'eccezione di nullità del ricorso per inidonea identificazione della società ricorrente, atteso che l'attuale forma giuridica di s.p.a. risulta inequivocabilmente sia dalla indicazione apposta a penna sul frontespizio del ricorso, con contestuale interlineatura della precedente dicitura s.r.l., sia dalla domanda cautelare, in cui figura direttamente e soltanto l'indicazione di S. s.p.a.; ogni possibile dubbio residuo risulta comunque definitivamente chiarito dal deposito dell'atto notarile di trasformazione societaria del 15 ottobre 2010.

Nel merito, il ricorso è fondato.

Rileva il Collegio che sebbene sia consentito alla stazione appaltante introdurre requisiti di partecipazione più severi rispetto a quelli previsti dal codice dei contratti, è anche vero che l'esercizio di tale potere discrezionale deve rispondere non solo ai tradizionali canoni di legittimità sostanziale in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico nella massima misura possibile, ma anche ad esigenze di derivazione comunitaria di tutela della

Utile minimo di esercizio e libera concorrenza

Scritto da Alberto Ingrao

Giovedì 21 Aprile 2011 10:05 - Ultimo aggiornamento Mercoledì 08 Giugno 2011 18:45

par condicio

nell'accesso alle gare pubbliche.

Nel caso di specie, la previsione del requisito di un utile minimo del 2,5 calcolabile sul fatturato nel triennio 2007/2009 viola innanzitutto il principio di concorrenza, in quanto presume *iuris et de iure*

, senza alcuna convincente ragione, che siano inidonee all'espletamento del servizio quelle imprese del settore che in detto periodo abbiano avuto un utile inferiore a tale percentuale; al riguardo, è sufficiente rilevare che un minor risultato di esercizio non necessariamente è sintomo di inaffidabilità sotto il profilo economico-finanziario - non potendo il requisito in questione rilevare sotto il profilo della idoneità tecnico-organizzativa dell'impresa - dal momento che l'utile, inteso come differenza tra ricavi e costi, può subire contrazioni per una legittima scelta imprenditoriale di compiere maggiori investimenti nel periodo di riferimento o per il recente inizio dell'attività dell'impresa che impone in misura notevole di sostenere costi con scarsi ricavi immediati di esercizio. Peraltro, è la stessa misura del 2,5 % a rivelarsi priva di giustificazione, dal momento che non è dato comprendere la ragione della fissazione di una simile soglia percentuale, anche in considerazione della ragionevole possibilità di partecipazione alla gara di imprese la cui gestione tende fisiologicamente a risultati di esercizio in tendenziale pareggio, come le società cooperative.

Recente e condivisibile giurisprudenza ha rilevato che "in sede di gara d'appalto, l'imposizione autoritativa nel bando di gara di un utile minimo, non suffragata da alcun referente normativo, incide negativamente sulla libera determinazione dei soggetti partecipanti, esplicazione della libertà di iniziativa economica, espropriando le imprese delle relative scelte in ordine ai margini di utile da perseguire con la partecipazione alla gara; pertanto, la fissazione di tale soglia si traduce in una causa di esclusione che incide negativamente sul principio del

favor participationis

, senza essere assistita da un'adeguata e proporzionata ragione di interesse pubblico e tale previsione come requisito astratto a pena di esclusione collide altresì con la disciplina in materia di valutazione dell'anomalia, e con la ratio che la ispira, imperniata sulla valutazione concreta e complessiva dell'affidabilità offerta in forza di procedimento da condurre in contraddittorio" (Consiglio di Stato V Sezione 4 agosto 2010 n. 5184).

Pertanto, il ricorso deve essere accolto con annullamento dell'impugnato capitolato speciale d'appalto nella parte in cui all'art. 15, punto 9 ha previsto l'avversato requisito di partecipazione;

Per la novità della questione sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali;

P. Q. M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il capitolato speciale d'appalto nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

Utile minimo di esercizio e libera concorrenza

Scritto da Alberto Ingrao

Giovedì 21 Aprile 2011 10:05 - Ultimo aggiornamento Mercoledì 08 Giugno 2011 18:45

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Antonio Guida

L'ESTENSORE

Paolo Corciulo

IL CONSIGLIERE

Fabio Donadono

Depositata in Segreteria il 24 febbraio 2011

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