

Pubblicato il 19/04/2024

N. 00570/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01218/2023 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 la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1218 del 2023, proposto da Brin Mense Gestione Ristorazione Collettiva S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A005CD5C4F, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Laudisa e Adriano Tolomeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Erchie, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Misserini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ristor Plus S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Giurano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Unione dei Comuni Montedoro, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. 13786 del 30 ottobre 2023 di aggiudicazione della gara di “*procedura aperta per l'affidamento del servizio mensa per le scuole dell'infanzia e le classi a tempo pieno della scuola primaria per un periodo di n. 5 anni scolastici con possibilità di rinnovo per ulteriori n. 2 anni scolastici*” e di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e consequenziale, tra i quali il verbale di gara in seduta pubblica del 3 ottobre 2023 in cui si è verificata la sussistenza dei requisiti soggettivi in capo ai partecipanti, della comunicazione ammessi ed esclusi prot. 12759 del 9 ottobre 2023 e del verbale in seduta pubblica di aggiudicazione provvisoria del 18 ottobre 2023.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Ristor Plus S.r.l. il 19/12/2023, per l'annullamento in via incidentale:

- della clausola contenuta nell'art. 11 lett. b), del Bando di gara relativo alla “*procedura aperta per l'affidamento del servizio mensa per le scuole dell'infanzia e le classi a tempo pieno della scuola primaria per un periodo di n. 5 anni scolastici con possibilità di rinnovo per ulteriori n. 2 (due) anni scolastici*” nella parte in cui prevede, quale requisito di capacità economico-finanziaria, “*avere realizzato negli ultimi tre anni finanziari un utile di esercizio così come risulta dai singoli bilanci depositati*” e, comunque, in ogni sua parte di interesse.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Erchie e di Ristor Plus S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 aprile 2024 il dott. Paolo Fusaro e uditi per le parti i difensori avv.ti B. Laudisa e A. Tolomeo per la parte ricorrente, avv. G. Misserini per il Comune resistente e avv. Pagano, in sostituzione dell'avv. R. Giurano, per la contointessata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in esame, notificato in data 28.11.2023 e depositato il 4.12.2023, BRIN Mense Gestione Ristorazione Collettiva S.r.l. (d'ora in avanti, per brevità, anche solo "Brin S.r.l."), unitamente agli altri atti meglio indicati in epigrafe, ha impugnato in questa sede il provvedimento prot. n. 13786 del 30.10.2023, con cui la Centrale Unica di Committenza "Unione dei Comuni Montedoro" ha aggiudicato in favore di Ristor Plus S.r.l. la procedura aperta avente per oggetto "*l'affidamento del servizio mensa per le scuole dell'infanzia e le classi a tempo pieno della scuola primaria per un periodo di n. 5 anni scolastici con possibilità di rinnovo per ulteriori n. 2 anni scolastici*" relativo al Comune di Erchie.

Con unico motivo di ricorso ("*Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 comma 3 dlgs. n. 36/23 e dell'art. 83, comma 1 e 2, del dlgs. 50/16, del punto 11 lettera b) del Bando di gara e punto 6, lett. b) del Disciplinare di Gara. Carenza dei requisiti di capacità economico-finanziaria. Errata verifica istruttoria Falsa Dichiarazione*"), la ricorrente lamenta, in particolare, la mancata esclusione dell'aggiudicataria dalla procedura in esame per mancanza del requisito di capacità economico-finanziaria indicato dall'art. 11, lett. b), del Bando di gara - nonché dall'omologo art. 6, lett. b), del Disciplinare - avendo la Ristor Plus S.r.l. in corso di gara dichiarato in maniera fuorviante di aver realizzato, negli ultimi tre anni finanziari, un utile di esercizio risultante dai singoli bilanci depositati, nonostante una perdita della Società, per l'anno 2020, pari a € 83.118 ricavabile dal relativo bilancio.

In ragione di quanto prospettato, Brin S.r.l. ha chiesto dunque, previa sospensiva cautelare degli atti oggetto di gravame, l'annullamento degli stessi, con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato dall'aggiudicataria, oltre risarcimento del danno in forma specifica (mediante

assegnazione dell'appalto) ovvero per equivalente (per la parte del servizio eventualmente già svolto dall'odierna controinteressata).

1.1 Si sono costituiti nel presente giudizio il Comune di Erchie e Ristor Plus S.r.l. in data 18.12.2023 per resistere al ricorso azionato dalla controparte.

1.2. Con atto notificato e depositato in data 19.12.2023, la controinteressata ha successivamente proposto ricorso incidentale, impugnando, tra l'altro, le clausole della *lex specialis* di cui all'art. 11, lett. b), del Bando di gara e all'art. 6, lett. b), del Disciplinare di gara, e deducendo: che tali disposizioni, nel prevedere il requisito di *“aver realizzato negli ultimi tre anni finanziari un utile di esercizio”*, qualora interpretate in linea con la lettura proposta dalla ricorrente, sarebbero nulle, ponendosi in violazione dell'art. 100, comma 12, D. Lgs. n. 36/2023 Codice contratti (I motivo); che, analogamente, detta lettura sarebbe *“illegittima, andando ad esigere un quid qualificatorio illogico, incongruo e sproporzionato”*, in quanto in contrasto con il principio di apertura del mercato e non tenendo conto del fatto che, nell'anno 2020, in ragione dell'emergenza pandemica, il servizio mensa delle scuole è stato sospeso.

1.3. Con ordinanza n. 45 del 18.1.2024, il Tribunale ha rigettato l'istanza di misura cautelare avanzata da parte ricorrente.

1.4. All'esito del deposito di ulteriori memorie ex art. 73 c.p.a., all'udienza del 9.4.2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso in esame è infondato e, pertanto, non può essere accolto alla luce delle argomentazioni che seguono.

3. La questione che si pone al vaglio del Tribunale attiene unicamente all'interpretazione da conferire alla disposizione di cui all'art. 11, lett. b), del Bando di gara - nonché all'omologo art. 6, lett. b), del correlato Disciplinare - ove, unitamente al *“Possesso di un fatturato complessivo globale d'impresa realizzato nell'ultimo triennio (2020, 2021 e 2022) non inferiore ad € 600.000 ed uno di importo pari ad € 400.000 per servizi identici o similari?”* (cfr. punto 1), viene altresì indicato, quale ulteriore

requisito di capacità economico-finanziaria del partecipante, a pena di esclusione del medesimo, il fatto di “*Avere realizzato negli ultimi tre anni finanziari un utile di esercizio così come risulta dai singoli bilanci depositati*” (punto 2).

3.1. Ora, secondo la ricostruzione interpretativa offerta dalla ricorrente, l'utile di esercizio maturato dall'operatore economico dovrebbe necessariamente riguardare, in accordo con il dato letterale delle norme richiamate, ciascun singolo anno finanziario di riferimento; per converso, in accordo con una diversa lettura prospettata dalle controparti, l'utile preteso dalla disciplina di gara atterrebbe unicamente al triennio complessivamente considerato, i singoli bilanci fungendo unicamente da riscontro documentale al fine di dimostrare l'effettiva produzione dell'utile dichiarato dal partecipante.

3.2. Il Collegio condivide tale seconda lettura ermeneutica.

In primo luogo, sotto il profilo testuale, le disposizioni *de quibus*, nello stabilire il requisito di capacità economico-finanziaria di cui si discute, non risultano prevedere in via espressa che l'utile di esercizio “*realizzato negli ultimi tre anni finanziari*” dall'operatore debba essere stato necessariamente maturato dall'operatore nel corso di ogni singolo anno dell'arco temporale considerato.

Ciò porta ad escludere, pertanto, la lettura “restrittiva” prospettata dalla Brin S.r.l. già alla luce del dato letterale delle norme citate.

In secondo luogo, da un punto di vista sistematico, una simile interpretazione non appare neppure coerente con il contenuto di ulteriori previsioni poste dalla stessa *lex specialis*, atteso che, nelle successive norme riguardanti il diverso requisito di capacità tecnica, la disciplina di gara opera un puntuale riferimento ad ogni singolo anno del più ampio periodo valutabile (si veda, ad esempio, il requisito di cui all'art. 11, lett. c, punto 2, del Bando di gara, ove viene richiesto all'operatore partecipante di aver svolto “*in ciascuno degli ultimi tre anni (2020, 2021 e 2022)*” il servizio di refezione

scolastica per un numero medio di 27.000 pasti annui; in maniera identica anche l'art. 6, lett. c, punto 2, del Disciplinare).

Si rileva, in ultimo, che la ricostruzione interpretativa propugnata dalla ricorrente si pone, altresì, in evidente discrasia con lo stesso disposto normativo dell'art. 100 del D. Lgs. n. 36/2023 – applicabile alla procedura di specie e richiamato, peraltro, anche nel corpo degli stessi artt. 11 del Bando di gara e 6 del Disciplinare – il quale, nell'enucleare in chiave essenzialmente tassativa i possibili “*requisiti di ordine speciale*” dell'operatore partecipante (cfr. art. 10, comma 3, nonché art. 100, comma 12), stabilisce la possibilità per l'Amministrazione di richiedere, quale requisito di capacità economica e finanziaria (art. 100, comma 1, lett. b), “*un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura*” (art. 100, comma 11), mostrando, dunque, di considerare rilevante unicamente il complessivo triennio antecedente di riferimento (non anche il singolo anno componente il medesimo triennio).

4. In ragione di quanto precede, attesa la non divisibilità della ricostruzione ermeneutica prospettata dalla Brin S.r.l. relativamente alla disciplina posta agli artt. 11 e 6 del Bando e del Disciplinare di gara, ritenuta conseguentemente la legittimità della mancata esclusione della Ristor Plus S.r.l. ad opera dell'Amministrazione, il ricorso in esame deve essere rigettato.

5. L'infondatezza del ricorso proposto dalla Brin S.r.l. - e il suo conseguente rigetto – determina il venir meno dell'interesse della Ristor Plus S.r.l. a ottenere un pronunciamento del Tribunale con riguardo al ricorso incidentale azionato, con conseguente improcedibilità dello stesso ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a.

6. In ragione delle peculiarità che connotano la vicenda in esame, si ravvisano eccezionali motivi per compensare integralmente le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Lecce, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Dichiara l'improcedibilità del ricorso incidentale azionato da Ristor Plus S.r.l.

Compensa integralmente le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Manca, Presidente

Nino Dello Preite, Primo Referendario

Paolo Fusaro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Fusaro

IL PRESIDENTE
Ettore Manca

IL SEGRETARIO