

**Bando di gara - presenza di clausole limitative - legittimità - rispetto del limite della logicità e ragionevolezza - necessità.**

Nel bando di gara l'amministrazione appaltante può autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito.

L'amministrazione è, dunque, legittimata ad introdurre, nella *lex specialis* della gara d'appalto che intende indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente nonché irragionevolmente limitativa della concorrenza, specie se destinata a predeterminare, in linea di fatto, il ventaglio dei possibili partecipanti.

\*\*\*

N. 00913/2010 REG.SEN.

N. 01223/2009 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana**  
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1223 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da: XXX S.n.c., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. [omissis], con domicilio eletto presso lo Studio [omissis] in Firenze, via [omissis];

contro

- Istituto Tecnico Commerciale [omissis], Liceo Scientifico [omissis], Ufficio Scolastico Provinciale di Firenze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, p.t., Ministero dell'Istruzione

dell'Università' e della Ricerca, in persona del Ministro p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Firenze, domiciliataria per legge;

- "DITTA A", rappresentata e difesa dall'avv. [omissis], con domicilio eletto presso [omissis] in Firenze, via [omissis];

- Provincia di Firenze, in persona del Presidente p.t.;

nei confronti di

"DITTA B", rappresentato e difeso dagli avv. [omissis], con domicilio eletto presso [omissis] in Firenze, via [omissis];

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento di esclusione assunto dalla Commissione di gara per la realizzazione e gestione del servizio bar - ristoro nei locali dell'I.T.C. "[omissis]" di [omissis];

- in parte qua, del bando di gara del 4 maggio 2009 per la realizzazione e gestione del servizio bar - ristoro nei locali dell'I.T.C. "[omissis]" di [omissis];

- del capitolato d'oneri allegato al bando di gara per la realizzazione e gestione del servizio bar - ristoro nei locali dell'I.T.C. "[omissis]" di [omissis];

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso;

e per i motivi aggiunti depositati in data 10.9.2010: dell'estratto del verbale n. 228 del 13 luglio 2009 del Consiglio di Istituto dell'Istituto Tecnico Commerciale Statale "[omissis]" e del Liceo "[omissis]" con il quale è stato aggiudicato il servizio di bar - ristoro nei locali dell'ITC "[omissis]" alla concorrente "DITTA A";

- del verbale della Commissione di valutazione delle offerte della "DITTA B" e della "DITTA A" dell'11 luglio 2009, anch'esso contenuto dal verbale n. 228 del 13 luglio 2009;

- dell'estratto di Deliberazione del Consiglio di Istituto del Liceo "[omissis]" n. 14 Delibera n. 95 depositato in giudizio dall'Avvocatura dello Stato il 23 luglio 2009;

- del provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice prot. 2661 C15C del 6 giugno 2009 depositato in giudizio dall'Avvocatura dello Stato il 23 luglio 2009;

- del provvedimento di convocazione della Commissione giudicatrice anch'esso con prot. 2661 C15C del 6 giugno 2009 depositato in giudizio dall'Avvocatura dello Stato il 23 luglio 2009;

- dell'estratto verbale n. 226 di cui alla Delibera del Consiglio di Istituto dell'ITC "[omissis]" del 27 aprile 2009 n. 17;

- nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ancorché ignoto;

e per i motivi aggiunti, depositati in data 31 dicembre 2009 per l'annullamento:

- della nota prot. 4599 dell'ITC [omissis] del 13 novembre 2009;

- della nota prot. 4508/c15e del Liceo [omissis] del 13 novembre 2009;

- della nota prot. 4829/D2C del 30 novembre 2009 a firma del Dirigente scolastico del Liceo [omissis] e del Dirigente scolastico dell'ITC [omissis];

- del provvedimento prot. 4828/D2C del 30 novembre 2009 a firma del Dirigente scolastico del Liceo [omissis] e del Dirigente scolastico dell'ITC [omissis];

- del provvedimento prot. 4820/D2C del 30 novembre 2009 a firma del Dirigente scolastico del Liceo [omissis] e del Dirigente scolastico dell'ITC [omissis];
- del verbale di apertura delle buste del 14 dicembre 2009 dell'I.T.C. [omissis];
- del verbale 2<sup>a</sup> riunione della Commissione giudicatrice del 18 dicembre 2009;
- del Bando di gara in parte qua e per quanto occorrer possa, ove interpretato come dall'Amministrazione nel verbale di apertura della buste del 14 dicembre 2009, nella parte in cui non prevedrebbe la valutazione autonoma e riservata dell'offerta tecnica dall'attribuzione pubblica del punteggio all'offerta economica;
- del Bando di gara in parte qua e per quanto occorrer possa, laddove non ha previsto alcun sistema di valutazione dell'anomalia delle offerte anormalmente basse e per illogicità ed irragionevolezza della formula valutativa dell'offerta economica;
- nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ancorché ignoto.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Istituto Tecnico Commerciale [omissis];

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Liceo Scientifico [omissis];

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ufficio Scolastico Provinciale di Firenze;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di "DITTA B" ;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di "DITTA A" ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 marzo 2010 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## **FATTO**

L'Istituto Tecnico Commerciale Statale "[omissis]" e il Liceo scientifico statale "[omissis]" di [omissis] hanno indetto una procedura ad evidenza pubblica, regolata dal d.lgs. n. 163/2006 e dal d.m. n. 44/2001, per l'affidamento del servizio di bar e ristoro, per una durata di 4 anni, da erogarsi nei locali del predetto ITC "[omissis]".

Ai fini dell'ammissione alla gara il bando prevedeva, tra l'altro, a pena d'esclusione, la produzione di una dichiarazione, da parte delle ditte concorrenti, "*di non aver subito sanzioni di alcun tipo da parte delle autorità competenti in materia igienico sanitaria*".

La società ricorrente presentava domanda di partecipazione, unitamente alle due ditte controinteressate, "DITTA A" e "DITTA B", ma nella seduta dell'8 giugno 2008, in applicazione della citata disposizione della legge di gara (art. 2, lett. g) del bando), veniva esclusa dalla commissione esaminatrice, avendo prodotto una dichiarazione nella quale affermava di aver "*subito sanzioni da parte delle autorità competenti in materia igienico sanitaria*".

La ricorrente, ritenendo illegittima l'esclusione, in ragione della modesta natura delle violazioni ad essa addebitate, di cui peraltro il bando non postulava alcuna specificazione, chiedeva all'Amministrazione la riammissione alla gara, diffidandola dal procedere all'aggiudicazione, oltre che richiedendo l'accesso a tutti gli atti del procedimento.

A tali richieste non faceva seguito alcun riscontro da parte dell'Amministrazione.

Pertanto, contro il provvedimento di esclusione e, in parte qua, del bando di gara, ricorreva la società in intestazione chiedendone l'annullamento, con vittoria di spese e deducendo i motivi che seguono:

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 30 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 34 del d.m. n. 44 del 1 febbraio 2001. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per illogicità, ingiustizia e irragionevolezza manifesta.

2. Illegittimità derivata.

Si costituivano in giudizio l'Amministrazione intimata e le ditte controinteressate opponendosi all'accoglimento del gravame.

Acquisita parte della documentazione richiesta dalle quale era possibile evincere la perplessità dell'Amministrazione provinciale in ordine alla clausola del bando con cui si prevede la possibilità di rinnovo tacito del contratto per un massimo di nove anni, nonché le modalità di nomina della commissione, la ditta ricorrente proponeva i seguenti motivi aggiunti di ricorso, domandando contestualmente la sospensione degli atti precedentemente impugnati:

3. Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 84 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 34 del d.m. n. 44 del 1 febbraio 2001. Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifesta.

4. Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 57 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 34 del d.m. n. 44 del 1 febbraio 2001. Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifesta.

5. Ulteriore illegittimità derivata.

Successivamente, la società ricorrente prendeva conoscenza dell'estratto del verbale n. 228 del 13 luglio 2009 con cui la stazione appaltante aveva aggiudicato, in via definitiva, il servizio di cui trattasi alla "DITTA A".

Conseguentemente venivano proposti motivi aggiunti notificati l'1 settembre 2009 e ritualmente depositati, deducendo le seguenti ulteriori censure:

6. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 e dell'art. 84, commi 2, 4 e 10 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 34 del d.m. n. 44 del 1 febbraio 2001. Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifesta. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Eccesso di potere per carenza di motivazione.

7. Ulteriore illegittimità derivata.

Con ordinanza n. 786 depositata il 1° ottobre 2009 veniva accolta la domanda incidentale di sospensione dell'efficacia degli atti impugnati.

A seguito della predetta ordinanza, motivata con riferimento all'irragionevolezza dell'art. 2, lett. g) del bando e alla violazione dell'art. 84, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, in ragione della nomina della commissione avvenuta dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, l'Amministrazione intimata riapriva la procedura di gara.

In particolare, disponeva la nomina di una nuova commissione che, nella seduta del 14 dicembre 2009, provvedeva a rivalutare le offerte di "DITTA A" e "DITTA B", nonché ad aprire le buste

contenenti l'offerta della ricorrente.

All'esito della nuova valutazione veniva confermata l'aggiudicazione del contratto in favore della "DITTA A".

Contro tali atti la società ricorrente notificava ulteriori motivi aggiunti, avanzando le seguenti doglianze e chiedendone la sospensione:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 34 del d.m. n. 44 del 1 febbraio 2001. Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifesta. Eccesso di potere per sviamento. Illegittimità derivata.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Incompetenza.

3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Eccesso di potere per carenza di motivazione. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità e irragionevolezza manifesta.

4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Eccesso di potere per carenza di motivazione. Violazione della lex specialis di gara.

5. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e segg. del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria.

6. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Eccesso di potere per carenza di motivazione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 1, della l. n. 241/1990. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifesta.

Nella camera di consiglio del 21 gennaio 2010, con l'ordinanza n. 67/10, veniva accolta la domanda cautelare, incidentalmente proposta, sospendendo l'efficacia degli atti impugnati e fissando, ai sensi dell'art. 23 bis della l. n. 1034/1971, l'udienza pubblica per la trattazione del merito della causa.

Alla pubblica udienza del 18 marzo 2010 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

1. Con il ricorso in esame viene impugnato il bando della procedura indetta dall'Istituto Tecnico Commerciale Statale "[omissis]" e dal Liceo scientifico statale "[omissis]" di [omissis] per l'affidamento del servizio di bar e ristoro, per una durata di 4 anni, da erogarsi nei locali del predetto ITC "[omissis]".

2. Con i motivi aggiunti successivamente notificati viene chiesto l'annullamento del verbale n. 228 del 13 luglio 2009 con cui la stazione appaltante ha aggiudicato, in via definitiva, il servizio di cui trattasi alla "DITTA A".

3. Il ricorso è fondato.

In particolare, meritano assorbente rilievo le censure dedotte con il primo motivo dell'atto introduttivo del giudizio e con il primo dei motivi aggiunti depositati il 20 luglio 2009.

3.1. Con la prima doglianza la ricorrente lamenta l'irragionevolezza della clausola, stabilita dall'art. 2, lett. g) del bando, secondo cui costituiva causa di esclusione dalla gara la circostanza "di ...aver subito sanzioni di alcun tipo da parte delle autorità competenti in materia igienico sanitaria", ciò che nella fattispecie ha effettivamente comportato l'estromissione della deducente per aver prodotto una dichiarazione di tale contenuto.

Si osserva in proposito che, in linea di principio, nel bando di gara l'amministrazione appaltante può autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito (Cons. Stato sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377).

In tema si è precisato che tale principio giurisprudenziale non sta a significare che esiste al riguardo un'area franca dal controllo giurisdizionale, ma solo che il giudice amministrativo, nell'esercizio della giurisdizione di legittimità, non può sostituire le proprie scelte a quelle dell'amministrazione; di conseguenza, se è vero che l'ambito del controllo giurisdizionale in detta materia non può essere esteso al merito amministrativo, ciò non vuol dire che le scelte effettuate dall'amministrazione siano sottratte anche al controllo di legittimità, cioè alla verifica che le medesime siano conformi alle norme ed ai principi che regolano l'esercizio della discrezionalità, e non siano invece il frutto di valutazioni macroscopicamente incoerenti o irragionevoli così da comportare un vizio della funzione (Cons. Stato sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837; T.A.R. Sardegna, 20 luglio 2007, n. 674).

3.2. L'amministrazione è, dunque, legittimata ad introdurre, nella *lex specialis* della gara d'appalto che intende indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente nonché irragionevolmente limitativa della concorrenza, specie se destinata a predeterminare, in linea di fatto, il ventaglio dei possibili partecipanti (Cons. Stato sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655; T.A.R. Lazio, sez. I, 2 agosto 2007, n. 7456).

3.3. Nella fattispecie all'esame la stazione appaltante, alla luce delle considerazioni che precedono, ad avviso del Collegio ha esorbitato dai limiti in cui la discrezionalità in materia può essere legittimamente esercitata.

Invero, la previsione contenuta nel bando dell'esclusione della concorrente motivata dall'aver subito "*sanzioni di alcun tipo da parte delle autorità competenti in materia igienico sanitaria*" non viene in alcun modo specificata o graduata in relazione al tipo e alla gravità della violazione compiuta, né alla natura amministrativa o penale della sanzione irrogata.

Neppure viene posto un limite temporale entro il quale le violazioni eventualmente commesse sono destinate ad avere rilievo nel procedimento di cui trattasi.

3.4. Se, dunque, è palese, oltre che giustificato, l'interesse dell'Amministrazione a contrattare con soggetti che, per il loro pregresso comportamento, abbiano dimostrato affidabilità e serietà con riferimento al delicato e rilevante profilo del rispetto delle normative in materia igienico sanitario, non può però ragionevolmente sostenersi che ogni tipo di violazione, in qualunque tempo posta in essere, possa assumere valenza discriminante a tale fine.

3.5. Ne discende che va ritenuta illegittima la clausola del bando in contestazione, nonché il successivo e consequenziale provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente.

4. Ma un ulteriore profilo di illegittimità, peraltro già individuato nella fase cautelare del giudizio, è riscontrabile nella violazione dell'art. 84 del d.lgs. 12 aprile 2006 n.163, puntualmente denunciato dalla ricorrente con il 1° dei motivi aggiunti.

Il comma 10 dell'articolo appena citato dispone che: "*La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte*".

4.1. Tale prescrizione che persegue l'evidente finalità di garantire la trasparenza ed imparzialità delle procedure di gara e trova giustificazione nel fatto che l'applicazione del criterio della "offerta economicamente più vantaggiosa" implica l'esercizio di un adeguato potere di scelta tecnico-discrezionale, ha secondo la giurisprudenza carattere tassativo e non consente deroghe di sorta (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, 16 febbraio 2008, n. 266; T.A.R. Lazio, sez. II, 13 febbraio 2008, n. 1268).

Orbene, risulta chiaramente dalla documentazione in atti che la nomina della Commissione di gara, è intervenuta in un momento antecedente la scadenza del termine per la presentazione delle offerte che il bando fissava alle ore 12,00 dell'8 giugno 2009 e, quindi, la stazione appaltante è incorsa in tale ulteriore violazione che travolge tutti gli atti successivamente compiuti.

5. Conseguentemente vanno accolti il ricorso originario e i motivi aggiunti notificati il 14 luglio 2009 e l'1 settembre 2009 e per l'effetto annullati gli atti impugnati.

6. Come già riferito in narrativa, all'esito della prima fase cautelare del giudizio, l'Amministrazione intimata riapriva la procedura di gara e disponeva la nomina di una nuova commissione che, nella seduta del 14 dicembre 2009, provvedeva a rivalutare le offerte di "DITTA A" e "DITTA B", nonché ad aprire le buste contenenti l'offerta della ricorrente.

A seguito della nuova valutazione veniva confermata l'aggiudicazione del contratto in favore della "DITTA A".

Contro tali atti la società ha proposto ulteriori motivi aggiunti di ricorso ritualmente notificati e depositati il 31 dicembre 2009.

6.1. Con il nuovo gravame veniva, in particolare, dedotta (1° motivo) la violazione della *par condicio* fra i concorrenti e dei principi di trasparenza e imparzialità (richiamati anche dall'art. 34 del d.m. n. 44/2001 recante "Istruzioni generali sulla gestione amministrativo-contabile delle istituzioni scolastiche"), avendo la commissione di gara valutato l'offerta della ricorrente quando le altre due offerte erano state conosciute e valutate sia per l'aspetto tecnico che per quello economico.

La censura, che ha carattere assorbente, merita condivisione.

6.2. Per pacifica giurisprudenza, nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti con la Pubblica amministrazione sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (come quella per cui si controverte) la commissione di gara è tenuta a valutare prima i profili tecnici delle offerte e successivamente le offerte economiche, atteso che l'esame delle offerte economiche prima di quelle tecniche costituisce una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità che devono presiedere le gare pubbliche in quanto la conoscenza preventiva dell'offerta economica consente di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento dei concorrenti e tale possibilità, ancorché remota ed eventuale, inficia la regolarità della procedura (Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217; id., sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3638; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 6 febbraio 2008, n. 573).

Tale scansione procedurale è imposta per garantire la massima obiettività nell'assegnazione dei punteggi e, in definitiva, la *par condicio* tra i concorrenti, ciò che nella fattispecie non è avvenuto essendo la commissione di gara, al momento dell'apertura delle buste contenenti l'offerta della ricorrente, già a conoscenza sia dell'offerta tecnica, che di quella economica delle altre concorrenti.

7. Per le considerazioni che precedono i motivi aggiunti di ricorso deve pertanto essere accolti conseguendone l'annullamento della gara.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza come da liquidazione fattane in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione 2<sup>^</sup>, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e i motivi aggiunti successivamente notificati e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna le parti soccombenti, in solido fra loro, al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano in € 3.000,00 (tremila/00), oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/04/2010