

N. 00524/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00390/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 del d.lgs. n. 104/2010 (c.p.a.)

sul ricorso numero di registro generale 390 del 2014, proposto dalla società Sodexo Italia S.p.A., in persona del procuratore speciale, sig. Oskar Bevk, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Boifava e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Roberto Baratta, in Latina, via Medaglie d'Oro, n. 8

contro

Comune di Latina, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Di Leginio e con domicilio eletto presso gli Uffici dell'Avvocatura Comunale, in Latina, via IV Novembre, n. 25

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

- del bando di gara per l'affidamento quadriennale del servizio di ristorazione scolastica, nonché di ristorazione dei centri diurni per disabili e del centro anziani, e della fornitura di derrate crude per una scuola materna, indetto dal Comune di Latina e pubblicato nella G.U.R.I. – 5^a Serie Speciale – Contratti Pubblici – n. 47 del 28 aprile 2014, nella parte (lettere d) ed e) del paragrafo III.2.1) in cui prescrive, tra le condizioni di partecipazione, il possesso delle certificazioni SA8000.2001 (sistema di responsabilità sociale) e OHSAS 18001.2007 (sistema di gestione per la sicurezza e la salute sul lavoro per attività inerenti l'oggetto della gara), rilasciate da Enti accreditati;
- del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede: 1) all'art. 11 della premessa, che il concorrente sia in possesso delle certificazioni SA8000.2001 (lett. d) e OHSAS 18001.2007 (lett. e); 2) all'art. 2.2 della parte prima, che all'interno della busta recante la documentazione amministrativa vengano inserite copie delle certificazioni SA8000.2001 (lett. d) e OHSAS 18001.2007 (lett. e); 3) all'art. 2.4 della parte prima, che, in caso di avvalimento, il requisito di **qualità** debba essere posseduto in ogni caso dall'operatore economico concorrente, indipendentemente dal fatto che lo stesso sia posseduto dall'impresa ausiliaria;
- della determinazione dirigenziale n. 2410 del 4 dicembre 2013 (modificata con determinazioni nn. 365 del 18 febbraio 2014, 314 del 25 febbraio 2014 e 606 del 7 aprile 2014) e della nota integrativa prot. n. 52299 dell'11 aprile 2014, per l'ipotesi in cui ne discenda: 1) la previsione del possesso, in capo al singolo concorrente, anche delle certificazioni SA8000.2001 e OHSAS 18001.2007; 2) la possibilità dell'utilizzo dell'avvalimento soltanto per i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e non anche per i requisiti di **qualità**

ovvero per la declaratoria

di nullità della causa di esclusione correlata al mancato possesso delle certificazioni SA8000.2001 e OHSAS

18001.2007 ed all'utilizzo dell'avvalimento per sopperire alle stesse.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, presentata in via incidentale dalla società ricorrente;

Viste la memoria di costituzione e difensiva e la documentazione del Comune di Latina;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 60 e 74 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.p.a.);

Nominato relatore nella Camera di consiglio del 19 giugno 2014 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi i difensori presenti delle parti costituite, come da verbale;

Ravvisata la sussistenza dei presupposti per la definizione del giudizio in Camera di consiglio con sentenza in forma semplificata e sentite sul punto le parti costituite, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

Considerato che, con il ricorso indicato in epigrafe, la Sodexo Italia S.p.A. ha impugnato il bando della gara indetta dal Comune di Latina per l'affidamento quadriennale del servizio di ristorazione scolastica, nonché dei centri diurni per disabili e del centro anziani e della fornitura di derrate crude per una scuola materna, nella parte (lettere d) ed e) del paragrafo III.2.1) in cui prescrive, tra i requisiti di partecipazione, il possesso delle certificazioni SA8000.2001 (sistema di responsabilità sociale) e OHSAS 18001.2007 (sistema di gestione per la sicurezza e la salute sul lavoro per attività inerenti l'oggetto della gara), rilasciate da Enti accreditati;

Considerato che la ricorrente ha impugnato altresì il disciplinare di gara, nella parte in cui questo ha previsto:

- all'art. 11 della premessa, che il concorrente sia in possesso delle certificazioni SA8000.2001 (lett. d) e OHSAS 18001.2007 (lett. e);
- all'art. 2.2 della parte prima, che all'interno della busta recante la documentazione amministrativa sia inserita copia delle certificazioni SA8000.2001 (lett. d) e OHSAS 18001.2007 (lett. e);
- all'art. 2.4 della parte prima, che, nell'ipotesi di avvalimento, il requisito di **qualità** debba essere in ogni caso posseduto dall'operatore economico concorrente, a prescindere dal fatto che lo stesso sia posseduto dall'impresa ausiliaria;

Considerato che la società ricorrente ha infine impugnato la determinazione dirigenziale n. 2410 del 4 dicembre 2013 (modificata con determinazioni nn. 365 del 18 febbraio 2014, 314 del 25 febbraio 2014 e 606 del 7 aprile 2014) e la nota integrativa prot. n. 52299 dell'11 aprile 2014, per l'ipotesi in cui ne discenda:

- la previsione del possesso, in capo al singolo concorrente, anche delle certificazioni SA8000.2001 e OHSAS 18001.2007;
- la possibilità dell'utilizzo dell'avvalimento esclusivamente per i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e non anche per i requisiti di **qualità**;

Considerato che la ricorrente ha chiesto l'annullamento in parte qua, previa sospensione, degli atti impugnati, ovvero la declaratoria di nullità della causa di esclusione correlata al mancato possesso delle summenzionate certificazioni, o all'utilizzo dell'avvalimento per sopperire alla carenza delle medesime;

Considerato che a supporto del gravame la società ha dedotto i motivi di:

- violazione e falsa applicazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica, in specie di ragionevolezza, proporzionalità, par condicio e concorrenza, violazione e falsa applicazione degli artt. 42, 43, 46 e 74 del d.lgs. n. 163/2006, eccesso di potere per sviamento, illogicità, mancanza di proporzionalità, irragionevolezza, ingiustizia grave e

manifesta, contraddittoria, in quanto, da un lato, la **certificazione** SA8000.2001, sebbene richiesta dalla lex specialis, sarebbe estranea all'opus concorsuale, dall'altro detta **certificazione**, nonché la **certificazione** OHSAS 18001.2007 sarebbero eccessivamente restrittive e comunque ultronee, né la loro richiesta da parte della P.A. risulterebbe accompagnata da alcuna giustificazione;

- violazione e falsa applicazione degli artt. 47 e 48 della direttiva n. 2004/18/CE, e 46, 49 e 50 del d.lgs. n. 163/2006, violazione e falsa applicazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica, in specie di ragionevolezza e proporzionalità, eccesso di potere per sviamento, illogicità, difetto di proporzionalità, irragionevolezza, ingiustizia grave e manifesta, contraddittoria, poiché sarebbe illegittima la clausola della lex specialis che fa divieto di avvalersi delle certificazioni altrui per concorrere, essendo l'avvalimento istituto di applicazione generale, come tale utilizzabile anche per le certificazioni di **qualità**; inoltre, il divieto in esame sarebbe illogico e contraddittorio, giacché consentirebbe ai concorrenti sforniti dei requisiti di capacità tecnica di utilizzare l'avvalimento per partecipare alla gara, mentre impedirebbe di concorrere a chi possiede esperienza e capacità uguali a quelle oggetto della gara, solo perché privo delle due riferite certificazioni di **qualità**, attesa la loro non deducibilità in avvalimento. Ancora, gli atti gravati sarebbero affetti da sviamento della causa tipica, avendo la P.A. alterato con essi la corretta dinamica concorrenziale, e da irragionevolezza, in quanto, con riferimento alla situazione concreta, non sarebbe stato ragionevole attendersi una scelta quale quella gravata;

Considerato che si è costituito in giudizio il Comune di Latina, depositando una memoria difensiva con allegata la relativa documentazione e resistendo alle pretese attoree;

Considerato che il ricorso risulta tale da poter essere deciso con sentenza cd. semplificata, alla luce della manifesta fondatezza della doglianza, formulata con il secondo motivo di gravame, avente ad oggetto l'illegittimità della clausola della legge di gara che vieta l'avvalimento per le certificazioni di **qualità**;

Considerato, infatti, che secondo la giurisprudenza assolutamente maggioritaria – a cui il Collegio aderisce – nelle gare pubbliche la **certificazione** di **qualità** può formare oggetto dell'avvalimento ex art. 49 del d.lgs. n. 163/2006. Ed invero, la **certificazione** di **qualità**, essendo connotata dal precupio fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, costituisce requisito di idoneità tecnico-organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrarne la capacità tecnico-professionale, assicurando che l'impresa, cui sarà affidato il servizio o la fornitura, sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di **qualità**, accertato da un organismo a ciò predisposto: di conseguenza, afferendo essa alla capacità tecnica dell'imprenditore, può formare oggetto di avvalimento (C.d.S., Sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125; id., 6 marzo 2013, n. 1368). Altra giurisprudenza ha aggiunto che, essendo l'istituto dell'avvalimento di immediata e generale applicazione, esso ben potrà riferirsi anche alla **certificazione** di **qualità** di altro operatore economico, attenendo questa ai requisiti di capacità tecnica (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 30 gennaio 2014, n. 128); sul piano letterale l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, nel disciplinare l'avvalimento, non contiene alcun specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati con detto strumento, avente una portata generale (C.d.S., Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2343). Non rileva, in contrario, che la **certificazione** di **qualità** è requisito immanente l'impresa, poiché afferendo essa alla capacità tecnica dell'imprenditore, è coerente all'istituto dell'avvalimento disciplinato dall'art. 49 cit. (C.d.S., Sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5048);

Considerato che non possono essere condivise le obiezioni esposte sul punto dalla difesa comunale, incentrate sulla configurazione dei requisiti di **qualità** come requisiti soggettivi e non come attinenti alla capacità tecnico-organizzativa dell'impresa. Ed invero, secondo l'orientamento preferibile, tutti i requisiti di capacità tecnica, economica e professionale vanno sussunti nella categoria dei requisiti che possono formare oggetto di avvalimento: anche ove la **certificazione** di **qualità** riguardasse una **qualità** soggettiva dell'impresa, ugualmente potrebbe essere oggetto di avvalimento, rientrando tra i requisiti soggettivi che possono essere comprovati con tale strumento, attesa la sua portata generale. Un'interpretazione restrittiva delle disposizioni in materia di avvalimento si porrebbe, d'altronde, in contraddizione con la finalità dell'istituto, di incentivare la concorrenza, agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti (v. C.d.S., Sez. V, n. 5048/2012, cit.). Del resto, anche l'orientamento più restrittivo cui si rifà la difesa comunale ha ammesso la possibilità dell'utilizzo dell'avvalimento in riferimento ai requisiti di **qualità**, pur ponendo a carico della concorrente l'onere di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna soltanto a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di porre a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di **qualità** e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (cfr. C.d.S., Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344, cui si rifà C.d.S., Sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887);

Considerato che, in definitiva, la fondatezza dell'ora vista doglianza ha carattere assorbente rispetto a tutte le altre doglianze dedotte nel ricorso ed in particolare rispetto a quelle formulate con il primo motivo di gravame, giacché il carattere immediatamente escludente delle clausole della lex specialis di gara censurate dalla ricorrente emerge solo dalla combinazione delle clausole sulle certificazioni di **qualità** contestate nel gravame con l'ora visto divieto di avvalimento per le predette certificazioni di **qualità**, con il corollario che, una volta dichiarato illegittimo tale divieto ed annullata la clausola della lex specialis che lo aveva introdotto (l'art. 2.4 della parte prima del disciplinare di gara), deve ritenersi senz'altro legittima l'intervenuta presentazione dell'offerta da parte della ricorrente tramite utilizzo, per le certificazioni mancanti, dell'avvalimento di altro operatore economico (secondo ciò che è stato preannunciato nel ricorso

e ribadito in Camera di consiglio);

Ritenuto, quindi, in ragione di tutto ciò che si è detto, che sussistano le condizioni per la pronuncia di una sentenza in forma cd. semplificata ex artt. 60 e 74 c.p.a., sentite sul punto le parte costituite, poiché il ricorso risulta manifestamente fondato e da accogliere, attesa la fondatezza della censura ora esposta, dedotta con il secondo motivo, e con assorbimento di tutte le altre censure;

Ritenuto, in accoglimento del ricorso, di dover annullare gli atti con esso gravati (in specie l'art. 2.4 della parte prima del disciplinare di gara), nella parte in cui dispongono il divieto dell'avvalimento per le certificazioni di **qualità**;

Ritenuto, infine, di dover procedere alla liquidazione delle spese, come da dispositivo, nei confronti del resistente Comune di Latina, in base al criterio della soccombenza

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione staccata di Latina (Sezione I^), così definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla in parte qua gli atti con esso impugnati, come specificato in motivazione.

Condanna il Comune di Latina al pagamento, in favore della ricorrente, di spese ed onorari di causa, che liquida in via forfettaria in € 1.500,00 (millecinquecento/00) complessivamente.

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

Così deciso in Latina, nella Camera di consiglio del giorno 19 giugno 2014, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Corsaro, Presidente

Davide Soricelli, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **04/07/2014**

IL SEGRETARIO

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