

Il requisito del possesso del centro cottura ad una determinata distanza dal luogo di esecuzione

di Giuseppe Bruno

Data di pubblicazione: 27-3-2019

Contratti della P.A. – Gara – Clausola che prevede quale requisito di partecipazione la disponibilità di un centro cottura – Illegittimità

Torna all'attenzione della giurisprudenza amministrativa la questione relativa alla legittimità della clausola di gara avente ad oggetto il possesso di un centro di cottura ad una determinata distanza dal luogo di esecuzione del servizio.

Nel caso di specie, la vicinanza del centro cottura era stata richiesta "formalmente" quale requisito di esecuzione di un servizio di gestione bar, ma, al contempo influiva in maniera determinante sulla valutazione dell'offerta tecnica (essendo stato previsto negli atti di gara un punteggio premiante non solo in ragione della maggiore o minore distanza rispetto al luogo di esecuzione, ma anche al possesso della certificazione di qualità in relazione al predetto centro cottura).

Ad ulteriore conferma del fatto che si trattasse di condizione rilevante ai fini della stessa partecipazione, la Stazione appaltante, nei medesimi chiarimenti, aveva anche precisato la disponibilità del Centro di cottura dovesse essere dimostrata già "*in sede di gara*" con la "*presentazione di un contratto di affitto, di proprietà, di comodato d'uso, etc.*".

Il TAR Napoli - evidenziata la natura "escludente" in senso lato della previsione in questione e la conseguente impugnabilità immediata secondo i principi recentemente confermati dall'Ad. Plen. n. 4/2018 - ha ritenuto che la disciplina di gara in questione, così come formulata - rendesse irragionevolmente difficoltosa o addirittura inutile la partecipazione alla procedura per quei concorrenti che, sprovvisti un centro di cottura a una distanza inferiore rispetto a quella richiesta, avessero inteso dotarsene solo in caso di aggiudicazione.

La previsione di un punteggio in relazione ai due predetti profili, così come articolata, è apparsa infatti configurare il possesso del centro di cottura come un requisito di partecipazione anziché di sola esecuzione del servizio, dal momento che (i) si trattava di un elemento da indicarsi già in sede di offerta e da farsi oggetto di autonoma valutazione da parte della Commissione preposta; e (ii) il mancato possesso vanificava ogni possibilità di presentare una proposta realmente competitiva, comportando l'assegnazione di zero punti a due rilevanti voci di valutazione dell'offerta tecnica.

La pronuncia in esame prende le mosse da un orientamento giurisprudenziale che attribuisce alla vicinanza dei centri cottura la natura di elemento materialmente necessario per l'esecuzione delle prestazioni oggetto del servizio, esigibile nei confronti del solo aggiudicatario

come "condizione" per la stipulazione del contratto (cfr. Cons. Stato, sent. n. 5929/2017; TAR Napoli, sentt. nn. 2083/2018 e 5945/2017). In quest'ottica, è apparso legittimo richiedere, in fase di gara, solo una formale dichiarazione di impegno del concorrente a procurarsi tempestivamente un centro di cottura, sulla cui base la Stazione Appaltante potrà poi pretendere a pieno diritto che sia acquisita la disponibilità effettiva della struttura in caso di aggiudicazione, ai fini della stipula e della successiva esecuzione del contratto d'appalto (così anche TAR Napoli, sent. n. 2083/2018). Una clausola difforma determinerebbe infatti l'illegittima restrizione della concorrenza, in ragione dell'imposizione, sin dalla partecipazione, di un rilevante onere economico e organizzativo, risultante poi ultroneo per tutti i concorrenti diversi dall'aggiudicatario. Una diversa soluzione violerebbe altresì il principio di non discriminazione e di parità di trattamento, determinando da un lato una situazione di indebito vantaggio per gli operatori economici già operanti sul territorio di riferimento, dall'altro la preclusione alla partecipazione, a causa della richiesta capacità organizzativa aggiuntiva, per l'impresa non operante sul medesimo territorio.

Le medesime argomentazioni sono state spese dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento al requisito della "vicinanza" al luogo di esecuzione dell'appalto di strutture funzionali all'erogazione di altre tipologie di servizi (da ultimo, sulla vicinanza di autofficine per il servizio di riparazione autoveicoli, cfr. Cons. Stato, sent. n. 605/2019), dove è stato peraltro precisato che clausole di partecipazione aventi un oggetto "strettamente" territoriale sono illegittime perché non consentono all'impresa di organizzarsi all'esito della vittoriosa partecipazione e, di conseguenza, comprimono il confronto concorrenziale, introducendo sostanzialmente una clausola di esclusione in violazione del principio di tassatività.

In senso contrario si segnala tuttavia una pronuncia con cui la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di un analogo criterio premiante, ha riconosciuto invece la piena discrezionalità dell'Amministrazione nell'attività di individuazione dei criteri di valutazione, ammettendo anche la possibilità di premiare la vicinanza del centro cottura, ritenendolo un criterio oggettivo tramite il quale assicurare la qualità del servizio erogato, consentendo la breve distanza di conservare le qualità microbiologiche, organolettiche e nutrizionali dei pasti veicolati (Cons. Stato, sent. n. 2633/2018; in senso parzialmente conforme, clausole territoriali sono state ritenute ammissibili purché formulate con un raggio di ubicazione sufficientemente ampio: così Cons. Stato, sent. n. 2238/2017 sull'ubicazione di un impianto per il trattamento dei rifiuti).

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 12/02/2019

N. 00776/2019 REG.PROV.COLL.

N. 04480/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**(Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4480 del 2018, proposto da Consorzio Terzo Settore Società di Servizi Sociali - Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alfonso Capotorto e Ciro Sito, coi quali è elettivamente domiciliato in Napoli, al Centro Direzionale, is. E/2, pec alfonso.caporto@pecavvocatinola.it e ciro.sito@pecavvocatinola.it;

contro

ASL Napoli 1 Centro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Annamaria De Nicola, Anna Vingiani, Giuseppe Iervolino, Gianpiero Mesco e Francesco Lembo, con domicilio eletto in Napoli, presso il Servizio Affari legali della stessa ASL, alla Via Comunale del Principe 13/A, indirizzo digitale annamariadenicola@avvocatinapoli.legalmail.it;

per l'annullamento,***previa sospensiva:***

- del bando di gara mediante procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione bar presso l'Ospedale del Mare dell'ASL Napoli 1 Centro, per le necessità dei dipendenti e familiari dei degenti”, pubblicato sul sito ufficiale della stessa azienda in data 2/10/2018;

- del disciplinare di gara e del capitolato tecnico;

nonché per la declaratoria di nullità, per violazione dell'art. 89 d.lgs. 50/2016:

- dell'art. 8 del disciplinare di gara, nella parte in cui non consente l'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti generali e di idoneità professionale;

- dell'art. 18.1 “Criteri di valutazione dell'Offerta Tecnica”, nella parte in cui alla tabella B - punto B2, esclude la possibilità di fornire il requisito tecnico consistente nel possesso di un “Centro di cottura” tramite l'istituto dell'avvalimento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ASL Napoli 1 Centro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2019 il dott. Pierluigi Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il "Consorzio Terzo Settore Società di Servizi Sociali - Società Cooperativa Sociale" (d'ora innanzi anche solo Consorzio Terzo Settore) ha premesso di essere organizzato sotto forma di consorzio stabile e di essere abilitato tra l'altro alla "realizzazione e gestione di immobili per lo svolgimento delle attività di bar, chioschi bar, ristorazione, pizzeria, agriturismo ed altre attività ricreative". In tale qualità ha esposto di avere interesse a partecipare alla gara indetta dall'Asl Napoli 1 Centro, con provvedimento n. 1667 dell'8/08/2018, per l'affidamento in concessione del servizio di gestione del bar presso l'Ospedale del Mare per le necessità dei dipendenti e familiari dei degenti, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Col ricorso in epigrafe, l'istante – dopo aver precisato di non avere l'attuale disponibilità di un centro di cottura per la produzione di pasti e prodotti di gastronomia – ha contestato la lex specialis della gara nelle parti in cui (artt. 8 e 18.1 del disciplinare, tabella B, punto B2, e tabella D, punto D4) non le consentirebbe di partecipare utilmente alla procedura, in quanto:

- escluderebbe la facoltà di ricorrere all'avvalimento per il suddetto requisito;
- configurerebbe sostanzialmente lo stesso come requisito di partecipazione anziché di sola esecuzione del servizio, prevedendo l'assegnazione di un punteggio all'offerta tecnica rapportato alla distanza dall'Ospedale del Mare nonché di un altro punteggio per il "possesso di certificazione biologica - UNI10854:99" intestata all'impresa partecipante.

A sostegno della domanda giudiziale, il Consorzio Terzo Settore ha dedotto tre motivi di diritto, così formulati in rubrica:

1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ARTT. 2, 83 E 89 D.LGS. 50/16. VIOLAZIONE ART. 3 L. 341/90. ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO - OMESSA ISTRUTTORIA - TRAVISAMENTO - SVIAMENTO - VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO;

2) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 2, 83 E 89 D.LGS. 50/16. VIOLAZIONE ART. 3 L. 341/90. NULLITA' DELL'ART. 8 E DELLA TABELLA B SUB B2 DEL DISCIPLINARE DI GARA NELLA PARTE IN CUI CHIEDE IL POSSESSO DEL CENTRO DI COTTURA

ALL'ATTO DELLA PARTECIPAZIONE ALLA GARA E VIETA L'AVVALIMENTO SU TALE REQUISITO. ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO - OMESSA ISTRUTTORIA - TRAVISAMENTO - SVIAMENTO - VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO;

3) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ARTT. 2 E 83 D.LGS. 50/16. VIOLAZIONE ART. 3 L. 341/90. ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO - OMESSA ISTRUTTORIA - TRAVISAMENTO - SVIAMENTO - VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO.

Nel costituirsi in resistenza, l'ASL Napoli 1 Centro ha preliminarmente eccepito in rito l'inammissibilità dell'azione, per carenza d'interesse, sotto i seguenti due profili:

- per la mancata presentazione della domanda di partecipazione;
- per l'assenza di clausole escludenti nell'impugnata lex specialis di gara.

Nel merito la parte pubblica ha chiesto il rigetto della domanda attorea in quanto, come precisato in sede di chiarimenti ad apposito quesito formulato nel corso della gara, il possesso del centro di cottura si attergerebbe come requisito di esecuzione del contratto. Inoltre, ai sensi dell'art. 89, commi 4 e 11, del codice dei contratti pubblici, nella fattispecie all'esame sarebbe consentito alla stazione appaltante di escludere il ricorso all'avvalimento.

In esito alla camera di consiglio del 22 novembre 2018, con ordinanza n. 1764/18, questa Sezione ha accolto la domanda cautelare.

Con successiva memoria la parte ricorrente ha replicato alle argomentazioni avversarie insistendo nella richiesta di accoglimento del ricorso.

Alla pubblica udienza del 22 gennaio 2019 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare vanno disattesi i rilievi sollevati in rito dall'Amministrazione resistente in quanto, ad avviso del Collegio, l'impugnazione della lex specialis della gara in contestazione da parte del Consorzio Terzo Settore, entro i limiti di seguito precisati, risulta pienamente ammissibile alla luce dei criteri delineati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 26 aprile 2018. Difatti, con tale decisione è stato richiamato e ribadito il tradizionale indirizzo giurisprudenziale secondo il quale vanno fatte rientrare nel genus delle "clausole immediatamente escludenti", oltre quelle che limitino l'ammissione alla procedura in difetto di un determinato requisito soggettivo, le seguenti fattispecie:

"a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);

b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001);

c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293);

e) clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421)".

1.1. Orbene, come già rilevato in sede di delibazione sommaria della domanda cautelare, non è dubitabile che il disciplinare di gara, ad una lettura unitaria, rende incongruamente difficoltosa o addirittura inutile la partecipazione alla procedura per quei concorrenti i quali, come il consorzio ricorrente, non dispongano di un "centro di cottura per la produzione di pasti e prodotti di gastronomia" (posto ad una distanza non superiore a 14 km. dal luogo di svolgimento del servizio) sin dal momento della presentazione dell'offerta, intendendo dotarsene solo in caso di aggiudicazione. Infatti, da un lato, l'art. 18.1, alla tabella B, punto B2, espressamente esclude la facoltà di ricorrere all'avvalimento per il suddetto requisito, dall'altro, alla tabella D, punto D4, dispone l'assegnazione del punteggio all'offerta tecnica sia in rapporto alla sua distanza dall'Ospedale del Mare sia in relazione al "possesso di certificazione biologica - UNI10854:99" intestata all'impresa partecipante.

In particolare, all'art. 18.1, rubricato "Criteri valutazione dell'offerta tecnica", tra gli elementi di valutazione relativi alla qualità, la lettera B2 prevede l'attribuzione di un punteggio massimo fino a 6, per i seguenti aspetti: "Possesso di un Centro per la produzione dei prodotti di gastronomia da veicolare presso il punto BAE dell'Ospedale del Mare, dotato di tutte le Autorizzazioni e Certificazioni di legge intestate all'impresa partecipante e nel caso di R.T.I. ad una delle imprese associate (non è consentito l'avvalimento), ubicato ad una distanza ed ad un tempo tale da garantire la qualità delle pietanze e la rapidità del servizio di fornitura alimenti anche più volte nella giornata. Distanza dal sito di produzione al P.O. del Mare da 0 a 7 km. (punti 6); Distanza dal sito di produzione al P.O. del Mare da km. 7 a km. 14 (punti 3); Distanza dal sito di produzione al P.O. del Mare oltre km. 14 (punti 0)".

Inoltre, circa gli “Elementi migliorativi”, la lettera D4 stabilisce testualmente quanto segue: “Per la produzione dei prodotti di gastronomia il possesso di certificazione biologica – UNI 10854:99 intestata all’impresa partecipante riferita al Centro di cottura – Produzione “BIOLOGICA” dei pasti (SI punti 5 – NO punti 0)”.

Osserva il Collegio che la previsione di un punteggio in relazione ai due profili appena indicati porta a configurare il possesso del centro di cottura sostanzialmente come un requisito di partecipazione anziché di sola esecuzione del servizio, atteso che costituisce un elemento da indicarsi già in sede di offerta e da farsi oggetto di autonoma valutazione da parte della Commissione preposta, il cui difetto, nell’attualità, vanifica ogni possibilità di gareggiare utilmente, in una situazione di par condicio con gli altri concorrenti, attraverso una proposta realmente competitiva, comportando l’assegnazione di zero punti a due rilevanti voci di valutazione dell’offerta tecnica.

Né vale in proposito quanto obiettato dall’ASL Napoli 1 – la quale ha richiamato la risposta fornita in sede di chiarimenti (n. 4) ad apposito quesito, circa l’espressa indicazione della predetta dotazione tecnica come “requisito di esecuzione del contratto” – giacché il profilo meramente nominalistico non può sovvertire la corretta qualificazione dello stesso alla stregua della disciplina contenuta nella lex specialis, come sopra delineata, il cui contenuto sostanziale trova piuttosto conferma nel punto b) dei suddetti chiarimenti, laddove la stazione appaltante ha precisato che la disponibilità del Centro di cottura deve essere dimostrata già “in sede di gara” con la “presentazione di un contratto di affitto, di proprietà, di comodato d’uso, etc.”.

1.2. Diversamente deve statuirsi con riguardo all’impugnazione dell’art. 8, commi 1 e 2, del disciplinare, ove è stabilito che: “Ai sensi dell’art. 89 del Codice, l’operatore economico, singolo o associato ai sensi dell’art. 45 del Codice, può dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all’art. 83, comma 1, lett. b) e c) del Codice avvalendosi dei requisiti di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento.

Non è consentito l’avvalimento per la dimostrazione dei requisiti generali e di idoneità professionale”.

Invero, posto che la disponibilità del Centro di cottura non si connota con tutta evidenza come requisito generale o di idoneità professionale, in tale parte la disciplina di gara, limitandosi a fare rinvio alla normativa generale contenuta nel codice dei contratti pubblici, non può reputarsi in alcun modo lesiva degli interessi del Consorzio deducente.

1.3. Concludendo sul punto, la domanda impugnatoria può trovare ingresso limitatamente all’art. 18.1 del disciplinare, punti B2 e D4, delle tabelle ivi riportate.

2. Oltre che ammissibile, nei termini appena precisati, l’azione impugnatoria è anche fondata.

3. Invero, quanto al primo aspetto della controversia, il divieto di avvalimento del requisito in parola, contenuto nel summenzionato punto B2, non risulta congruamente giustificato ai sensi dell’art. 89, comma 4, del codice dei contratti pubblici e non rientra neanche nelle ipotesi residuali previste dal successivo comma 11.

3.1. Giova rammentare che la figura dell'avvalimento ha incontrato il favor del legislatore, dapprima a livello comunitario (ai sensi degli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE) poi nazionale, costituendo uno strumento per consentire ai concorrenti, che non dispongano dei requisiti richiesti (nella specie, di capacità economica-finanziario e tecnica-professionale), di partecipare alle gare di appalto, nell'ottica di assicurare la massima concorrenza. Proprio in ragione della sua ampia portata, l'avvalimento è considerato istituito con un ambito applicativo generale (cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, Ad. Pl., 4 novembre 2016, n. 23; Consiglio di Stato, Sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764; id., Sez. III, 13 ottobre 2014, n. 5057; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 1° febbraio 2017, n. 62) e, in quanto tale, non tollera interpretazioni limitative volte a restringerne l'applicabilità, ad eccezione dei requisiti soggettivi inerenti alla moralità e all'onorabilità professionale a tutela della serietà ed affidabilità degli offerenti.

A ciò consegue l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale e le clausole dei bandi di gara in senso conforme ai principi comunitari (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori (cfr. Corte di Giustizia, 10 ottobre 2013, in causa C-94/12; Corte di Giustizia, 7 aprile 2016, causa C-324/14; Consiglio di Stato, sez. V, 11/05/2017, n. 2184).

Ne discende anche che le fattispecie normative in cui non è ammesso il ricorso all'avvalimento, quali quelle previste dal citato art. 89, commi 4 e 11, del D. Lgs. n. 50/2016, costituendo eccezioni alla regola generale, vanno interpretate restrittivamente (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. II, 13 maggio 2016, n. 479; T.A.R. Campania, Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2144), tenuto conto che i limiti all'avvalimento in tanto si possono giustificare in quanto vi sia l'esigenza di fornire idonee garanzie alla stazione appaltante per la corretta esecuzione degli appalti (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17 febbraio 2016, n. 636; id., Sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072; id., Sez. V, 21 marzo 2017, n. 1295).

In particolare, secondo la Corte di Giustizia, il diritto sancito agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3 della direttiva 2004/18 (l'avvalimento), "tenuto conto dell'importanza che esso riveste nell'ambito della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, pone una regola generale di cui le amministrazioni aggiudicatrici devono tener conto allorché esercitano le loro competenze di verifica dell'idoneità dell'offerente ad eseguire un determinato appalto", che "non può essere interpretata [...] nel senso che solo in via di eccezione un operatore economico può fare ricorso alle capacità di soggetti terzi".

3.2. Tanto premesso, non vale a giustificare la preclusione al cd. prestito del requisito, in difetto peraltro di ogni motivazione al riguardo, innanzitutto, la previsione del comma 4 dell'art. 89, secondo cui "Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento". Invero, nell'ambito del più ampio servizio oggetto della concessione, non vi è alcuna ragione per ritenere l'attività di preparazione dei pasti, peraltro diretta a "dipendenti e familiari dei degenti" e non direttamente a questi ultimi, come essenzialmente legata in modo infungibile al solo operatore concorrente, venendo in rilievo un'ordinaria attività

economica a carattere commerciale, come tale suscettibile di essere messa a disposizione attraverso l'istituto dell'avvalimento, la cui disciplina codicistica è tale da garantire efficacemente la stazione appaltante.

3.3. Neppure risultano astrattamente ipotizzabili, in difetto peraltro anche in tal caso di alcuna argomentazione a sostegno nella *lex specialis*, le ipotesi derogatorie previste dal successivo comma 11, in quanto, in disparte il rilievo che le stesse si riferiscono solo agli appalti o concessioni "di lavori", le attività in questione non rivestono *ictu oculi* "notevole contenuto tecnologico" o "rilevante complessità tecnica", sicché, anche sotto tale profilo, non si ravvisa alcuna valida ragione preclusiva all'ammissibilità del ricorso all'avvalimento.

4. Passando al secondo aspetto della controversia, la *lex specialis* di gara si palesa illegittima anche nella parte in cui, alla luce di quanto si è già sopra evidenziato, al di là di ogni formale enunciazione di segno contrario, configura sostanzialmente la disponibilità di un centro di cottura quale requisito di partecipazione alla gara e non di mera esecuzione del contratto.

Invero, il condivisibile orientamento giurisprudenziale formatosi sul punto (cfr., per tutte, T.A.R. Campania, Sez. II, 3 aprile 2018, n. 2083; *idem*, Sez. VIII, 19 dicembre 2017, n. 5945; Consiglio di Stato, Sez. V, 15 dicembre 2017, n. 5929) ha chiarito che trattasi di un elemento materialmente necessario per l'esecuzione delle prestazioni oggetto del servizio, come tale legittimamente esigibile verso il concorrente aggiudicatario definitivo come "condizione" per la stipulazione del contratto, perché è in quel momento che si attualizza per l'Amministrazione l'interesse a che il contraente abbia a disposizione una struttura per assicurare il servizio; in caso contrario si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza e irragionevole, perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione definitiva, un centro di cottura, reperendo – con evidente onere economico e organizzativo che poi potrebbe risultare ultroneo per chi non risulta aggiudicatario – immobili idonei alla preparazione di pasti per servizi di ristorazione collettiva, sostenendo i connessi investimenti in vista di una solo possibile ma non certa acquisizione della commessa.

Va pertanto ribadito che "Prima dell'aggiudicazione, considerata l'alea della gara, è in realtà sufficiente, anche ai fini del rispetto della *par condicio*, che vi sia una formale dichiarazione di impegno del concorrente a procurarsi tempestivamente un centro di cottura, sulla cui base la Stazione Appaltante potrà poi pretendere a pieno diritto che sia acquisita la disponibilità effettiva della struttura" (T.A.R. Campania, Sez. II, sentenza n. 2083/2018, già citata), in caso di aggiudicazione, ai fini della stipula e della successiva esecuzione del contratto d'appalto (cfr., a tal proposito, il par. 2.2.1 della Comunicazione Interpretativa 2006/C 179/02 della Commissione UE sul diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti; cfr. anche la delibera 13.1.2016 n. 33 dell'ANAC). "Diversamente, infatti, si configurerebbe una violazione sia del principio di non discriminazione, sia del principio di parità di trattamento richiamati dall'art. 2 del Codice dei contratti pubblici e, altresì, dei principi cardine del Trattato CE e delle Direttive appalti (cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, sent. 13.7.1993 n. C-330/91 ove si è affermato che "il principio della parità di trattamento vieta non solo le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, o in base alla sede per quanto riguarda le società, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di distinzione, pervenga in effetti

al medesimo risultato"), producendo un iniquo vantaggio agli operatori economici già operanti sul territorio di riferimento e determinando, a causa della richiesta capacità organizzativa aggiuntiva per l'impresa, un elemento di distorsione dei costi del partecipante alla procedura di gara" (T.A.R. Campania, Sez. II, sentenza n. 2083/2018, già citata).

5. In conclusione, entro i limiti sopra precisati, il ricorso è fondato e va, pertanto accolto.

Per l'effetto, vanno annullate le impugnate previsioni contenute nell'art. 18.1 del disciplinare, punti B2 e D4, delle tabelle ivi riportate.

6. Il contributo unificato e le spese di giudizio vanno posti, come di regola, a carico dell'Amministrazione soccombente nella misura liquidata in dispositivo, con distrazione in favore dei difensori del consorzio ricorrente, i quali si sono dichiarati antistatari.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla le impugnate previsioni contenute nell'art. 18.1 del disciplinare, punti B2 e D4 delle tabelle ivi riportate, riguardante la procedura per l'affidamento in concessione del servizio di gestione bar presso l'Ospedale del Mare da parte dell'ASL Napoli 1 Centro.

Condanna l'Amministrazione soccombente al pagamento delle spese di giudizio in favore della parte ricorrente, che liquida complessivamente in euro 2.000,00 (duemila/00) – importo comprensivo di quanto già liquidato in sede cautelare – oltre IVA e CPA, nonché alla refusione del contributo unificato, con attribuzione ai procuratori antistatari.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 22 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Pierluigi Russo

IL PRESIDENTE
Santino Scudeller



IL SEGRETARIO