



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 1386 del 2011, proposto da:
Taurino Anna Silvia, rappresentata e difesa dall'avv.to Alberto Maria Durante, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Garibaldi n. 43;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Lecce, rappresentata e difesa dall'avv.to Stefano Rossi, con domicilio eletto in Lecce c/o A.S.L. di Lecce, via Miglietta n.5;

nei confronti di

Euromarket s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via 95° Rgt Fanteria n. 9;

Amico Mio soc. coop. a r.l., n.c.;

per l'annullamento

della deliberazione del Commissario straordinario della A.S.L. LE n. 1428 del 22 luglio 2011, con la quale è stata approvata la graduatoria della gara per l'affidamento del servizio di accalappiamento dei cani randagi su tutto il territorio della A.S.L. LE, e del provvedimento prot. n. 2011/0126106 del 29/08/2011 di rigetto dell'istanza ex art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006;

per la declaratoria dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato dalla A.S.L. LE con l'aggiudicataria Euromarket s.r.l.;

nonché per il risarcimento del danno determinato dal mancato svolgimento della porzione di servizio nelle more eventualmente svolto dalla aggiudicataria ovvero, qualora non sia possibile o tecnicamente utile il subentro nel contratto in essere, per l'applicazione di una sanzione alternativa ex art. 123 del d.lgs. n. 163/2003 da applicare in relazione alla gravità delle violazioni commesse dalla stazione appaltante ed al comportamento da questa tenuto rispetto all'immotivato rigetto del preavviso di ricorso presentato dalla ricorrente;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Lecce;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Euromarket s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2012 il dott. Paolo Marotta e uditi per le parti gli avv.ti A. M. Durante, E. Sticchi Damiani e M. Turco, quest'ultima in sostituzione dell'avv.to S. Rossi;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ditta ricorrente ha partecipato ad una gara indetta dalla A.S.L. di Lecce con deliberazione n. 3673 del 10 dicembre 2010 per l'affidamento del servizio di accalappiamento cani, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso sull'importo a base di gara (€ 180.000,00 oltre IVA).

Con il ricorso in esame la ricorrente ha impugnato la deliberazione del Commissario straordinario della A.S.L. di Lecce n. 1428 del 22 luglio 2011, con la quale la predetta gara è stata definitivamente aggiudicata alla società Euromarket s.r.l. per il prezzo complessivo annuale di € 132.000,00 oltre IVA (la ricorrente risulta invece classificata al 3° posto, avendo offerto un prezzo complessivo di € 168.000,00 oltre IVA).

Oltre all'annullamento del provvedimento gravato, la ricorrente chiede la declaratoria dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato nelle more del giudizio ed il risarcimento del danno in forma specifica, mediante subentro nel contratto in essere nonché il risarcimento del danno dal mancato svolgimento della

porzione di servizio nelle more eventualmente svolto dalla aggiudicataria (per l'ipotesi in cui il subentro nel contratto non sia possibile o tecnicamente utile, chiede l'applicazione di una sanzione alternativa ex art. 123 del d.lgs. n. 163/2006, da applicare in relazione alla gravità delle violazioni commesse dalla stazione appaltante ed al comportamento da questa tenuto rispetto al rigetto del preavviso di ricorso presentato dalla ricorrente).

A fondamento della proposta impugnativa, la ricorrente deduce i seguenti motivi:

1. Violazione dell'art. 5) del Disciplinare Tecnico di gara, in combinato con il punto 3) della "Documentazione a corredo delle dichiarazioni di cui alla lettera A)" del Disciplinare di gara, nella parte in cui prevede che "la ditta dovrà essere regolarmente iscritta alla C.C.I.A.A. per l'attività oggetto di gara...." Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione e sviamento. Contraddittorietà. Violazione della par condicio. Difetto di istruttoria;
2. Violazione del bando di gara punto 18) dell'elenco delle dichiarazioni previste a pena di esclusione (Busta n. 1), nella parte in cui prescrive di elencare "i servizi analoghi effettuati dalla ditta presso altre pubbliche Amministrazioni e/o privati, durante l'ultimo triennio, con il rispettivo importo, data e destinatario del servizio". Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione. Violazione del principio di par condicio. Sviamento;

3. Violazione del bando di gara punto 19) dell'elenco delle dichiarazioni previste a pena di esclusione (Busta n. 1), nella parte in cui prescrive che il ricorrente debba disporre di n. 4 automezzi, in possesso delle autorizzazioni per il trasporto degli animali". Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione. Difetto di istruttoria. Violazione del principio di par condicio;

4. Violazione dell'art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Difetto assoluto di motivazione. Violazione del principio di leale e trasparente collaborazione.

Si è costituita in giudizio la società aggiudicataria (Euromarket s.r.l.), eccependo in via preliminare la inammissibilità del ricorso, per difetto di interesse (essendo la ricorrente collocata al 3° posto, in caso di annullamento della aggiudicazione in favore della Euromarket s.r.l. a quest'ultima subentrerebbe la seconda classificata) e contestando nel merito la fondatezza del proposto gravame.

Si è costituita in giudizio anche la A.S.L. di Lecce, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza di questo Tribunale n. 697/2011, depositata in data 13 ottobre 2011, è stata respinta la domanda di sospensione cautelare della efficacia del provvedimento impugnato (ma detta ordinanza è stata riformata dal Consiglio di Stato, Sezione terza, con ordinanza n. 4987 dell'11 novembre 2011, avendo il Giudice d'appello ritenuto plausibili le censure dedotte dalla società appellante in ordine alla mancata esclusione dalla gara delle ditte classificate al 1° ed al 2°

posto).

In data 17 gennaio 2012 la controinteressata ha depositato copia del contratto d'appalto stipulato in data 24 ottobre 2011, registrato presso l'Agenzia delle Entrate – Ufficio di Casarano in data 18 novembre 2011 (n. 3404).

Con diverse memorie depositate nel corso del giudizio le parti costituite hanno avuto modo di rappresentare le rispettive tesi difensive.

All'udienza pubblica del 16 febbraio 2012, su richiesta delle parti, la causa è stata posta in decisione.

1. Preliminarmente, deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, formulata dalla controinteressata in ragione della posizione occupata nella graduatoria dalla ricorrente, in quanto quest'ultima non contesta solo la posizione della prima classificata, ma anche quella della seconda classificata, sostenendo che entrambe le ditte che la precedono avrebbero dovuto essere escluse dalla gara per carenza dei requisiti richiesti dal bando e dal disciplinare di gara.

1.1 Con il primo motivo di gravame la ricorrente evidenzia che, mentre il disciplinare di gara richiedeva l'iscrizione alla Camera di Commercio per l'attività oggetto della gara (servizio di accalappiamento cani randagi), dalla visura camerale della società aggiudicataria (Euromarket s.r.l.) risulta che l'attività esercitata è costituita da: “commercio al dettaglio di articoli per l'igiene della casa

e della persona”. La parte ricorrente sostiene infatti che a nulla possa rilevare il fatto che l’oggetto sociale della predetta società preveda anche la possibilità di partecipare a gare pubbliche per l’affidamento del servizio di accalappiamento cani e gatti randagi.

1.2 Con riguardo alla ditta seconda classificata (Amico mio soc. coop. a r.l.) la ricorrente evidenzia che la predetta società, pur essendo iscritta alla Camera di Commercio per l’attività “rifugio cani”, non avrebbe mai concretamente svolto nell’ultimo triennio “servizi analoghi” a quelli oggetto dell’appalto (come risultante dalla stessa dichiarazione prodotta in sede di gara).

2.1 Con il secondo motivo di gravame la ricorrente evidenzia che la società risultata aggiudicataria del servizio (Euromarket s.r.l.) ha dichiarato in sede di gara: “di aver effettuato il trasferimento di n. 220 cani dal canile sanitario-rifugio di Monteroni con la collaborazione di una ditta autorizzata...”. Sennonché la ricorrente rileva che, sulla base di tale dichiarazione, la Euromarket s.r.l. avrebbe dovuto essere immediatamente esclusa dalla gara, in quanto, da un lato, la predetta dichiarazione non conterrebbe le indicazioni richieste dal bando di gara (importo, data e destinatario del servizio), dall’altro, il servizio effettuato (peraltro, limitato solo al trasporto) sarebbe stato effettuato con l’ausilio di altra ditta.

Oltre a ciò, la ricorrente fa rilevare che, a seguito della richiesta di chiarimenti formulata dalla stazione appaltante, la Euromarket s.r.l. ha prodotto due fatture dalla quali si desume l’esecuzione del

trasferimento di n. 27 cani nei territori di Galatone, Secl' e Zollino, per un importo di € 410 oltre IVA.

2.2 La ricorrente fa inoltre rilevare che anche la seconda classificata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, avendo dichiarato in sede di gara di non aver eseguito “servizi analoghi” nell’ultimo triennio. Deduce, altresì, la inidoneità delle dichiarazione integrativa presentata dalla predetta società, a seguito della richiesta di chiarimenti della stazione appaltante, nella quale la legale rappresentante della Società cooperativa Amico Mio” dichiara “che nell’ultimo triennio non sono stati svolti servizi di accalappiamento cani a titolo oneroso, di contro invece a titolo gratuito la sottoscritta per il comune di Carmiano si è impegnata negli ultimi dieci anni ad accalappiare le cagne randagie del comune di Carmiano le quali venivano trasportate presso il canile comunale di Copertino con propri mezzi” e di avere a disposizione un rifugio per cani in Carmiano.

3. Con il terzo motivo di gravame, la ricorrente, dopo aver evidenziato che il bando di gara richiedeva da parte delle ditte partecipanti alla gara la disponibilità di n. 4 automezzi, in possesso delle autorizzazioni per il trasporto degli animali, fa rilevare che, al momento della presentazione delle offerte, la società Euromarket s.r.l. non disponeva di alcun mezzo autorizzato al trasporto degli animali, avendo acquisito detta disponibilità solo in un secondo momento.

4. Con l'ultimo motivo di gravame, la ricorrente deduce violazione dell'art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006, in quanto la stazione appaltante non si sarebbe preoccupata di contestare le censure formulate dalla ricorrente nel preavviso di ricorso, limitandosi a confermare la legittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Il ricorso è meritevole di accoglimento nei termini di seguito indicati. Occorre premettere che nel bando sono ravvisabili numerose imprecisioni: non è specificato che cosa debba intendersi per “servizi analoghi” rispetto a quelli oggetto dell'appalto né è quantificato l'ammontare dei servizi svolti nell'ultimo triennio necessario per essere ammessi alla gara. Nella genericità del bando e nella esigenza di favorire la massima partecipazione (anche in considerazione del numero limitato delle ditte partecipanti alla predetta procedura di gara) debbono presumibilmente individuarsi le ragioni che hanno indotto la stazione appaltante a formulare diverse richieste di chiarimenti e di integrazione documentale, ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006.

Senonché presupposto essenziale ed ineliminabile per la partecipazione ad ogni procedura pubblica per l'affidamento di un appalto (di lavori, servizi o forniture), indipendentemente dalla sua differente tipologia (aperta, ristretta, negoziata), è il possesso da parte dell'operatore economico, oltre che dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, dei requisiti di capacità

economico- finanziaria e di quelli di capacità tecnico-professionale. La sussistenza di questi ultimi costituisce evidentemente garanzia della corretta esecuzione dell'appalto e della conformità delle prestazioni da eseguire a determinati standard qualitativi.

L'art. 124, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, con riguardo agli appalti di servizi sotto soglia (qual è quello in esame), demanda al regolamento di esecuzione la "disciplina, secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme dettate dal presente codice, i requisiti di idoneità morale, capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria che devono essere posseduti dagli operatori economici".

Il d.P.R. 5 ottobre 2010 (Regolamento di esecuzione e di attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163) è, tuttavia, entrato in vigore solo l'8 giugno 2011 e, quindi, in data posteriore rispetto all'atto di indizione della gara de qua (peraltro, l'art. 327 del predetto d.P.R. si limita a stabilire che "gli operatori economici devono possedere i requisiti generali e di idoneità professionale previsti dagli articoli 38 e 39 del codice").

La soluzione della questione prospettata dalla ricorrente va, quindi, individuata con riguardo alle norme del codice dei contratti.

Per i contratti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria l'art. 121 del d.lgs. n. 163/2006 prescrive l'applicazione, oltre che delle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche di quelle della parte II del predetto decreto legislativo "in quanto non

derogate dalle norme del presente titolo”.

L'art. 42 del d.lgs n. 163/2006 (collocato nella parte seconda del codice dei contratti) individua i requisiti di capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi, richiedendo al comma 1 lett. a) la presentazione dell'elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi. Il legislatore precisa che nel caso di servizi prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; nel caso di servizi prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente.

Il medesimo articolo al comma 1, lett. h), richiede la presentazione di una “dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto”.

La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affermare che, pur non essendo l'elenco esemplificativo di cui agli art. 41 e 42 di cui al d.lg. n. 163 del 2006 un vincolo diretto per la stazione appaltante, le determinazioni in materia di requisiti soggettivi di partecipazione alle gare non devono essere illogiche, arbitrarie, inutili o superflue e devono essere rispettose del "principio di proporzionalità", il quale esige che ogni requisito individuato sia al tempo stesso necessario ed

adeguato rispetto agli scopi perseguiti (TAR Lazio, Roma Sez. II , 7 ottobre 2010 n. 32717).

Orbene, pur tenendo conto del carattere non puntuale delle prescrizioni del bando di gara de quo in ordine alla specificazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti per partecipare alla gara, il collegio è pervenuto alla meditata conclusione di ritenere che né la prima ditta classificata (Euromarket s.r.l.) né la seconda (Amico Mio soc. coop. a r.l.) abbiano dimostrato, anche a seguito della integrazione documentale autorizzata dalla stazione appaltante, il possesso di capacità tecniche e professionali tali da garantire la corretta esecuzione dell'appalto.

Infatti, in disparte ogni considerazione in merito alla ammissibilità di integrazioni documentali che anziché fornire i chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante costituiscono autonome dichiarazioni di contenuto differente rispetto a quanto dichiarato in sede di gara, la società Euromarket s.r.l. ha documentato, attraverso la produzione di n. 2 fatture emesse nel 2010, l'esecuzione, presumibilmente per soggetti privati, del servizio di trasferimento (e non anche quello di accalappiamento) di n. 29 cani nei territori di Galatone, Secl' e Zollino, per un importo complessivo di € 410 oltre IVA.

Orbene, sia per l'esiguità del valore economico delle prestazioni eseguite che per il loro carattere accessorio rispetto all'oggetto principale dell'appalto (che concerne invece il connesso, ma distinto servizio di accalappiamento), deve ritenersi che la società

Euromarket s.r.l. non abbia fornito idonea prova della sua capacità tecnico-professionale rispetto all'oggetto dell'appalto, tenendo conto dell'importo posto a base di gara (€ 180.000,00 oltre IVA). Ulteriori conferme di ciò si rinvergono nel fatto che, in base alla certificato della Camera di Commercio, l'attività esercitata da tale ditta risulta essere quella di "commercio al dettaglio di articoli per l'igiene della casa e della persona" nonché nella circostanza (implicitamente riconosciuta dalla stessa controinteressata) che la disponibilità di mezzi autorizzati al trasporto degli animali è stata acquisita dalla Euromarket s.r.l. solo successivamente alla aggiudicazione della gara. Del pari inidonea, sotto il profilo tecnico-professionale, allo svolgimento dell'appalto de quo appare la ditta seconda classificata (Amico Mio soc. coop. a r.l.), che in sede di gara ha espressamente dichiarato "che durante l'ultimo triennio non sono stati effettuati servizi analoghi" e, anche a seguito della richiesta di chiarimenti formulata dalla stazione appaltante, si è limitata a dichiarare l'esecuzione "a titolo gratuito" di servizi di accalappiamento di cani randagi nel Comune di Carmiano, senza in alcun modo specificare (né comprovare) il numero degli accalappiamenti effettuati, le date in cui tali accalappiamenti avrebbero avuto luogo né le modalità secondo le quali tali servizi sarebbero stati effettuati.

Stando così le cose, ritiene il collegio, che, assorbita ogni altra censura, gli atti impugnati debbano essere annullati nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara della prima (Euromarket

s.r.l.) e della seconda classificata (Amico Mio soc. coop. a r.l.).

Conseguentemente, va dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato dalla Amministrazione con la società Euromarket s.r.l. decorsi 10 (dieci) giorni dalla notificazione o comunicazione in via amministrativa del dispositivo di sentenza e riconosciuto il diritto della ricorrente di subentrare nel contratto per la parte residua di durata dell'appalto.

Non possono invece trovare applicazione nel caso di specie le sanzioni di cui all'art. 123 del d.lgs. n. 163/2006, pure invocate da parte ricorrente, atteso che dette sanzioni hanno carattere alternativo rispetto alla declaratoria di inefficacia e possono, quindi, essere irrogate solo nell'ipotesi in cui non possa essere disposta la inefficacia del contratto.

Del pari, non può trovare accoglimento la richiesta di risarcimento del danno per equivalente formulata dalla ricorrente con riguardo alla parte del servizio già svolto (il contratto risulta essere stato stipulato in data 24 ottobre 2011, con decorrenza dal 1° novembre 2011).

Anzitutto, il collegio rileva che, dopo l'entrata in vigore dell'art. 124, comma 1, del codice del processo amministrativo, ai sensi del quale il danno in forma equivalente va "provato", la parte ricorrente deve provare non solo l'an, ma anche il quantum del pregiudizio economico patito, per cui non può più trovare applicazione il precedente orientamento giurisprudenziale, secondo cui il danno andava liquidato in via equitativa ex art. 2056 c.c., secondo il cd. utile

di impresa, previsto dall'art. 134 comma 2, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, nel caso di risoluzione unilaterale del contratto d'appalto da parte dell'Amministrazione in assenza di colpe dell'appaltatore, e quantificato dal legislatore forfettariamente nel 10% del prezzo a base d'asta, depurato del ribasso offerto dal ricorrente. Nel caso di specie, la parte ricorrente, pur essendovi onerata, non ha fornito alcuna prova in merito al danno concretamente subito, essendosi limitata a rivendicare il mancato guadagno per il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione nonché il danno curriculare.

Ma soprattutto la ricorrente non ha fornito la prova della colpa della stazione appaltante.

Ancorché, secondo una parte della giurisprudenza amministrativa, nelle procedure di evidenza pubblica l'impegno probatorio richiesto alla parte ricorrente per dimostrare la colpa della stazione appaltante sia meno oneroso rispetto comunemente richiesto nei giudizi di natura risarcitoria avverso la p.a., tuttavia la prova del comportamento colposo della stazione appaltante non può consistere nella mera adozione ed esecuzione di atti illegittimi. Nel caso di specie, la illegittima ammissione alla procedura di gara di operatori economici privi dei requisiti di capacità tecnica professionale necessari a garantire un corretto espletamento del servizio può essere, almeno in parte, giustificata dalla semplificazione dei requisiti richiesti dall'ordinamento giuridico per le procedure di affidamento dei servizi sotto soglia (art. 124, comma 7, d.lgs. n.

163/2006), dal carattere non puntuale dei requisiti di capacità tecnico- professionale stabiliti dal disciplinare di gara ai fini della partecipazione alla gara medesima (peraltro, non impugnato dalla società ricorrente), dal ridotto numero dei partecipanti alla gara de qua (solo tre ditte) e, correlativamente, dalla plausibile esigenza dichiarata dalla Amministrazione di favorire la partecipazione del maggior numero di operatori economici.

In ragione dell'accoglimento parziale delle domande formulate dalla ricorrente, le spese di giudizio possono essere integralmente compensate 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 accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, così dispone:

- Annulla i provvedimenti impugnati nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara della prima classificata (Euomarket s.r.l.) e della seconda classificata (Amico Mio soc. coop. a r.l.);
- dichiara l'inefficacia del contratto stipulato dalla Amministrazione con la società Euomarket s.r.l. decorsi 10 (dieci) giorni dalla notificazione o comunicazione in via amministrativa del dispositivo di sentenza nonché il diritto della ricorrente di subentrare nel contratto, con la medesima decorrenza, per la durata residua dell'appalto;

- respinge la domanda di risarcimento per equivalente con riguardo alla parte dell'appalto già eseguita.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Costantini, Presidente

Enrico d'Arpe, Consigliere

Paolo Marotta, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/04/2012

IL SEGRETARIO

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