



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 Toscana
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1414 del 2007, proposto da:
Soc. 3S Team S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avv. Andrea C. Maggisano, con domicilio
eletto presso Giuseppe Ranieri in Firenze, via P. Giordani 2;

contro

Estav Centro - Ente per i servizi tecnico-amministrativi, in persona
del legale rappresentante p.t., Azienda Sanitaria Locale di Firenze, in
persona del Direttore generale p.t., rappresentati e difesi dall'avv.
Domenico Iaria, con domicilio eletto presso Domenico Iaria in
Firenze, via dei Rondinelli 2;

nei confronti di

Dedalus S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.;

per l'annullamento

della nota prot. n. 0077840 del 29 maggio 2007 della A.S.L.l di

Firenze, della quale la ditta ricorrente ha avuto legale conoscenza in esito ad istanza di accesso agli atti amministrativi in data 4 luglio 2007, nonchè di ogni altro atto ad essa presupposto, connesso e/o consequenziale;

e per il risarcimento dei danni derivanti dagli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estav Centro - Ente Per i Servizi Tecnico-Amministrativi e di Azienda Sanitaria Locale di Firenze;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2012 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

Con nota del 3 aprile 2007 Ente per i servizi tecnico-amministrativi – ESTAV - Centro richiedeva ad alcune ditte, tra le quali la ricorrente, un preventivo *"per approvvigionamento di beni da acquisire mediante spese in economia necessari alle aziende sanitarie della Area Vasta Centro"* con riferimento alla fornitura di un software per la gestione dei contratti tra l'Azienda Usl 10 di Firenze e le case di cura private.

Con tale missiva veniva, altresì, precisato che la ditta interessata avrebbe dovuto indicare una serie di elementi, tra i quali, oltre al

prezzo (non superiore ad € 20.000, IVA esclusa) la durata della garanzia, i tempi e modalità di questa, oltre al costo annuo per l'eventuale contratto di assistenza post garanzia.

In riscontro all'invito 3S Team s.p.a. presentava un'offerta economica per un importo complessivo di € 15.700 oltre IVA, comprendente una garanzia ordinaria di durata annuale ed indicando un importo di € 7.800, oltre IVA con riferimento all'eventuale stipulazione di un autonomo successivo contratto di assistenza post garanzia.

All'esito di una richiesta di chiarimenti della stazione appaltante la ricorrente precisava che l'importo indicato di € 15.700 era comprensivo di tutti beni e servizi oggetto del contratto, ivi compresi la formazione e la garanzia ordinaria annuale.

A seguito di istanza di accesso agli atti la ditta ricorrente veniva a conoscenza dell'avvenuta stipulazione del contratto con la ditta Dedalus sul presupposto, asseritamente erroneo, che l'offerta presentata da quest'ultima fosse la più conveniente sotto il profilo economico.

Avverso l'atto di aggiudicazione definitiva propone perciò ricorso la società in intestazione chiedendone l'annullamento, previa sospensione e vinte le spese, allegando le censure che seguono:

1. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 125 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti, omessa o insufficiente motivazione, illogicità e contraddittorietà manifesta e contraddittorietà con precedenti provvedimenti.

In subordine, nell'ipotesi di reiezione della tutela cautelare richiesta, la società ricorrente avanza anche una domanda di risarcimento di tutti danni subiti per effetto dell'affermato illegittimo comportamento tenuto dall'amministrazione, riservandosene la quantificazione in corso di causa.

L'Amministrazione intimata si costituiva in giudizio opponendosi all'accoglimento del gravame.

Con ordinanza 830/2007 del 27 settembre 2007 veniva respinta la domanda incidentale di sospensione dell'atto impugnato.

All'udienza pubblica del 19 giugno 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione; successivamente è stato depositato il dispositivo 20 giugno 2012 n. 1184.

DIRITTO

Con il ricorso in esame viene impugnata la nota in epigrafe con cui la ASL di Firenze segnalava alla ESTAV Centro che l'offerta migliore, nel procedimento ad evidenza pubblica per l'affidamento del contratto di fornitura del software per la gestione dei contratti tra la medesima Azienda e le case di cura private, era risultata quella della Dedalus s.p.a..

Preliminarmente è necessario scrutinare l'eccezione d'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione avanzata dall'amministrazione resistente.

Ad avviso di quest'ultima, infatti, poiché nella fattispecie si è operato attraverso strumenti di diritto privato senza esercizio di poteri autoritativi, le posizioni soggettive che si ne derivano si atteggianno

conti diritti soggettivi la cui cognizione sarebbe rimessa al giudice ordinario. Ciò anche in considerazione di quanto disposto dall'art. 3, comma 1 ter, d.lgs. n. 502 del 1992 il quale dispone che *"i contratti di forniture di beni e servizi, il cui valore sia inferiore a quello stabilito dalla normativa comunitaria in materia, sono appaltati o contattati direttamente secondo le norme di diritto privato indicato nell'atto aziendale di cui al comma 1 bis"*.

La tesi non può essere seguita.

Come rilevato in giurisprudenza (cfr. TAR Liguria, sez. II, 28/05/2008 n. 1132) la disciplina introdotta dal codice dei contratti in attuazione delle direttive comunitarie ha esteso i principi fondamentali in materia anche ai contratti esclusi, compresi i cc.dd. sottosoglia. Infatti, l'art. 27 d.lgs. 163/2006 stabilisce che *"l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto"*.

Tale norma va letta alla luce dell'art. 133 (materie di giurisdizione esclusiva) del d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, secondo cui *"sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge:le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle"*

risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative...”.

D’altro canto, anche in passato, la giurisprudenza comunitaria aveva sottolineato la necessità del rispetto dei principi di trasparenza e dei principi fondamentali anche per gli appalti sottosoglia (cfr. Corte di Giustizia CE 7\12\2000 in c-324\98; Corte Giustizia CE Sez. 4^a, 15 maggio 2003, in cause riunite C-147/06 Secap e C-148/06, Santorso ed altre). Va quindi condivisa l'opinione giurisprudenziale per cui, con riferimento alla giurisdizione, anche negli appalti sotto soglia sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo poiché le pubbliche stazioni appaltanti sono tenute a rispettare i principi di evidenza pubblica comunitaria (T.A.R. Basilicata, 6 ottobre 2011, n. 495; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 15 marzo 2007, n. 2211; T.A.R. Lazio, sez. III, 4 agosto 2010 n. 30034).

Non può non rilevarsi, conclusivamente, che anche il Giudice del riparto, è giunto alle medesime conclusioni rilevando la spettanza alla giurisdizione amministrativa esclusiva delle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dell'atto di affidamento di contratti pubblici, anche se di importo inferiore alla soglia comunitaria, ove la stazione appaltante sia qualificabile come organismo di diritto pubblico tenuto ad attenersi ai principi di trasparenza del diritto comunitario (Cass. civ., sez. un., 26 ottobre 2009, n. 22584).

Nel merito il ricorso non è peraltro suscettibile di accoglimento.

Deduce la società ricorrente che la stazione appaltante abbia fatto

erronea applicazione dell'art. 125 del codice dei contratti pubblici che, all'art. 125, co. 14, impone, anche per i lavori, servizi e forniture in economia, il rispetto dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice e, quindi, trasparenza e parità di condizioni fra i concorrenti.

Nello specifico la deducente lamenta che l'offerta migliore fosse la propria e che l'esito sfavorevole della gara sia addebitabile all'illegittima decisione della stazione appaltante di considerare nel prezzo anche il costo del servizio post garanzia che costituirebbe un apporto del tutto autonomo ed eventuale rispetto all'oggetto della gara.

La censura non ha pregio.

Come risulta con evidenza dalla *“richiesta di preventivo”* da cui ha preso le mosse la procedura, le ditte partecipanti dovevano indicare, oltre al prezzo ufficiale di listino del software e allo sconto applicato, i *“tempi e le modalità per l'eventuale contratto di assistenza post-garanzia”*, nonché il prezzo di tale ulteriore prestazione.

Ne discende che, a fronte dell'onere per le concorrenti di farne indicazione, il costo di tale elemento dell'offerta poteva essere preso in considerazione al fine di determinare il risultato finale della gara.

Né può inferirsi dall'uso dell'espressione *“eventuale”* che l'offerta relativa a detta prestazione aggiuntiva non potesse essere preso a riferimento dall'Amministrazione per la scelta del contraente, atteso che, come rilevato da controparte, l'avvalersi dell'assistenza post-garanzia era subordinata, per scelta tecnico/discrezionale, al tipo di

software utilizzato, ma proprio per garantire la *par condicio* tra le concorrenti, ne era richiesta preventivamente la determinazione in sede di offerta.

Conseguentemente, a fronte del prezzo globale indicato da ciascuna ditta per le prestazioni complessivamente richieste dal contratto, l'offerta della controinteressata è risultata obiettivamente la migliore.

Per le ragioni esposte, il ricorso deve pertanto essere rigettato.

Analoga conclusione deve pervenirsi in merito alla domanda risarcitoria avanzata in subordine dalla ricorrente.

La legittimità del provvedimento impugnato, come sopra motivata, esclude, infatti, che sorgano i presupposti per l'accoglimento della pretesa.

Ai sensi dell'art. 2043 c.c. cod. civ., a cui è riconducibile l'azione risarcitoria proposta, il danno è risarcibile soltanto in presenza di un evento ingiusto, consistente nella lesione di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, che fonda la sussistenza di una posizione soggettiva sostanziale ricollegabile, con nesso di causalità immediato e diretto, al provvedimento impugnato, e, nel caso in cui la posizione di interesse legittimo appartenga alla *species* del cd. interesse pretensivo, come non può che qualificarsi quello dell'impresa di settore che aspira ad ottenere l'aggiudicazione di un servizio, deve concernere l'ingiusto diniego del provvedimento amministrativo richiesto (ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957).

Occorre perciò dimostrare, oltre alla presenza degli altri elementi della fattispecie, che l'aspirazione al provvedimento fosse destinata nel caso

di specie ad esito favorevole, ciò che va escluso per le ragioni già esposte (T.A.R. Toscana, sez. I, 12 marzo 2012, n. 490).

Le spese processuali vanno imputate alla parte soccombente, come da liquidazione fattane in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio delle Amministrazioni costituite che si liquidano in € 4.000,00, oltre accessori di legge.

Nulla per le spese nei confronti della parte controinteressata, non costituita in giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Viola, Presidente FF

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/07/2012

IL SEGRETARIO

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