



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 261 del 2012, proposto da:

Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Augusto De Matteis e Franco Enoch, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Augusto De Matteis in Perugia, via Bonazzi, 9;

contro

- I.P.A.B. Casa di Riposo Mosca, in persona del legale rappresentante dr. Diego Guerrini, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Marchetti, presso il quale è elettivamente domiciliata in Perugia, via Mazzini,16;
- Autorita' per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi, e Forniture, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici è pure legalmente domiciliata in Perugia, via degli Uffici, 14;

per l'annullamento

- del provvedimento, comunicato ad Eurotrend Assistenza con nota n. prot. 639 del 20.4.2012, con il quale la commissione giudicatrice di appalto per la gara di assegnazione del servizio socio assistenziale e servizi accessori presso la Casa di Riposo Mosca - Residenza protetta per anziani, ha deciso di escludere la ricorrente dalla suddetta gara per le motivazioni riportate nel verbale della seduta del 20.4.2012, trasmesso in allegato alla citata nota;
- nonchè di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso, ivi compresi in particolare, in quanto possa occorrere,
- del bando di gara, punto III sub 2.3), lettera a), e del disciplinare di gara, art. 15, lettera a), nelle parti in cui richiedono alle concorrenti di dimostrare, a pena di esclusione, il possesso di "sede operativa in Umbria con responsabili in loco abilitati a prendere decisioni immediate rispetto alla soluzione delle questioni derivanti dal contratto e dallo svolgimento dei servizi; in caso contrario le imprese dovranno impegnarsi ad attivare una sede operativa nel territorio della provincia di Perugia per tutta la durata del contratto entro 15 giorni dalla aggiudicazione e comunque non piu' tardi dalla data di inizio dei servizi", ove da interpretarsi nel senso fatto proprio dall'amministrazione;
- sempre in quanto occorra, del parere n. 45 del 21.3.2012, inviato dall'A.V.C.P. con nota n. prot. 31459 del 20.4.2012.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'I.P.A.B. Casa di Riposo Mosca e dell'Autorita' per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2012 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che nella fattispecie in esame sussistono i presupposti per la definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'art. 60 del cod. proc. amm., potendosi dunque fare ricorso alla sentenza in forma semplificata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente premette di avere partecipato alla procedura aperta finalizzata all'affidamento dell'appalto del servizio socio-assistenziale e servizi accessori indetto in data 24 ottobre 2011 dall'I.P.A.B. Casa di Riposo Mosca di Gubbio, residenza protetta per anziani, che attualmente gestisce.

Esponde che il bando (al punto III, *sub* 2.3, lett. a) ed il disciplinare di gara (all'art. 15, lett. a) prevedevano, tra i requisiti di capacità tecnica, che i concorrenti disponessero di una sede operativa in Umbria, ovvero che si impegnassero ad attivare una sede operativa nel territorio della Provincia di Perugia entro quindici giorni dall'aggiudicazione, o comunque entro il termine di avvio del servizio.

La Commissione, nella seduta pubblica del 14 dicembre 2011, ha verificato che la società ricorrente, nel compilare il fac-simile predisposto dall'Amministrazione, dichiarava «di disporre di una sede operativa in Umbria, a Urbino, via De Gasperi, 2»; nonostante l'erroneità dell'indicazione (trovandosi Urbino nelle Marche), veniva comunque ammessa con riserva alla gara.

Con parere n. 45 del 21 marzo 2012 l'A.V.C.P. riteneva non dimostrato da Eurotrend Assistenza e non integrabile con la dichiarazione resa in corso di gara il prescritto requisito del possesso della sede operativa in Umbria.

Con l'impugnata nota prot. n. 639 in data 20 aprile 2012 il Presidente della Commissione giudicatrice comunicava l'esclusione dalla gara alla ricorrente, per le ragioni espresse nel verbale della seduta del 20 aprile 2012.

Deduce a sostegno del ricorso, esteso anche alla *lex specialis* di gara ed al parere dell'A.V.C.P., il seguente, articolato, motivo di diritto : violazione degli artt. 42 e 46 del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione della *lex specialis* della gara; violazione degli artt. 43 e 49 del Trattato istitutivo della C.E.; violazione dei principi di ragionevolezza, *par condicio* e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per travisamento dei fatti, contraddittorietà, sviamento dalla causa tipica, carenza di istruttoria e disparità di trattamento.

La Stazione appaltante ha escluso la ricorrente, in conformità del parere reso dall'A.V.C.P., nell'assunto che non abbia il requisito di capacità tecnico costituito dal possesso di una sede operativa in Umbria, ovvero dalla preventiva dichiarazione di impegno all'apertura di una sede in Provincia di Perugia entro quindici giorni dall'aggiudicazione.

Non è stata dunque ritenuta equipollente l'indicata sede di Urbino, nonostante la sua distanza da Gubbio sia di soli 62 chilometri, di poco superiore ai 53 chilometri di distanza di Gubbio da Perugia, e bene inferiore alla distanza di Terni (117 chilometri), o di altre città della stessa Provincia di Perugia, come Foligno (65 chilometri), Assisi (77 chilometri) o Spoleto (87 chilometri).

Deve inoltre ritenersi applicabile alla procedura di gara in questione l'art. 46 del codice dei contratti pubblici, atteso che, pur trattandosi di un "contratto escluso", in quanto di natura socio-sanitaria, la disciplina generale è interamente richiamata dalla *lex specialis* della gara, con conseguente nullità di cause di esclusione diverse da

quelle espressamente previste dallo stesso art. 46, comma 1 bis.

L'A.V.C.P., inoltre, non ha ritenuto valida la dichiarazione resa in sede di gara dal legale rappresentante di Eurotrend in ordine alla disponibilità ad aprire in caso di aggiudicazione una sede operativa in Umbria, nella considerazione che non sia conforme a quanto richiesto dall'art. 15, lett. a), del disciplinare.

Si sono costituite in giudizio la Casa di Riposo Mosca e l'A.V.C.P., controdeducendo alle censure di parte ricorrente; inoltre l'A.V.C.P. ha eccepito l'inammissibilità dell'impugnativa del proprio parere, in quanto "non vincolante" ai sensi dell'art. 6, lett. n), del codice dei contratti pubblici; la Stazione appaltante ha eccepito la tardività dell'impugnativa della clausola del bando richiedente, quale requisito tecnico, il possesso di una sede operativa in Umbria.

Nella camera di consiglio del 6 giugno 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'impugnata esclusione della società ricorrente è motivata, come si evince dal verbale della 2^a seduta del 20 aprile 2012, con riferimento al fatto che la medesima non ha dimostrato il possesso del requisito di capacità tecnico-professionale previsto, a pena di esclusione, dall'art. 15, lett. a), del disciplinare di gara, costituito dall'avere una «sede operativa in Umbria con responsabili in loco abilitati a prendere decisioni immediate rispetto alla soluzione delle questioni derivanti dal contratto e dallo svolgimento dei servizi; in caso contrario le imprese partecipanti dovranno impegnarsi ad attivare una sede operativa nel territorio della Provincia di Perugia per tutta la durata del contratto entro 15 (quindici giorni) dalla aggiudicazione e comunque non più tardi della data di inizio dei servizi». L'esclusione è legittima in quanto Eurotrend Assistenza ha erroneamente dichiarato di disporre di una sede operativa in Umbria, a Urbino, via De Gasperi n. 2; né vi è spazio, in presenza di una clausola posta a pena di esclusione, per ammettere qualsivoglia equipollenza tra sedi operative, seguendo un criterio di prossimità territoriale rispetto al luogo di esecuzione del servizio, ovviamente implicante un'interpretazione estensiva della clausola.

Tra l'altro, per completezza, la dichiarazione resa dal legale rappresentante della società ricorrente nel corso della gara, e precisamente in data 14 dicembre 2011, nel riconoscere l'errore nell'indicazione della sede operativa di Urbino, si limita ad aggiungere «di voler aprire una sede in Umbria in caso di aggiudicazione», in difformità di quanto prescritto dalla disposizione, prima ricordata, dell'art. 15 del disciplinare di gara.

2. - Ma soprattutto, ai fini del decidere, risulta decisiva la circostanza che la *lex specialis*, ed in particolare la previsione dell'art. 15, lett. a), del disciplinare di gara, enuclea, con assoluta chiarezza e senza alcuna ambiguità, il ricordato requisito di capacità tecnico-professionale a pena di esclusione.

Ciò comporta che tale clausola escludente andava impugnata immediatamente, non potendosi ritenere rituale l'impugnativa della stessa congiuntamente con il provvedimento di esclusione dalla gara, come è invece accaduto nel caso di specie.

In tale senso si è formata una consolidata giurisprudenza, la quale ritiene, appunto, che sussiste l'onere dell'interessato all'immediata impugnazione delle clausole del bando che prescrivano il possesso di requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, ovvero di qualificazione, la cui carenza determina l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 2011, n. 4274; Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4; Sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7008; Sez. V, 22 settembre 2009, n. 5653).

Il ricorso, notificato il 4 maggio 2012, risulta dunque irricevibile nell'impugnativa del bando, di cui costituisce parte integrante il disciplinare, pubblicato nella G.U. in data 24 ottobre 2011, ed inammissibile con riguardo al provvedimento di esclusione, risultando lo stesso meramente esecutivo ed applicativo della *lex specialis*.

3. - Occorre aggiungere, ancora, che non è condivisibile la tesi della nullità della clausola del disciplinare di cui all'art. 15, lett a), ai sensi di quanto disposto dall'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici, che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione, in quanto tale norma non è applicabile, vertendosi al cospetto di un "contratto escluso", ed in particolare di un appalto di servizi elencati nell'allegato II B, assoggettato pertanto alla disciplina di cui al combinato disposto degli artt. 20 e 27 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Vale la pena rilevare come lo stesso disciplinare precisi, al punto 4, che alla procedura di gara in questione si applicano obbligatoriamente i soli artt. 65, 68 e 225 del codice dei contratti pubblici, oltre che le ulteriori norme specificamente richiamate; «in ogni caso il codice dei contratti pubblici [...] non deve intendersi come integralmente applicabile alla procedura di aggiudicazione del presente appalto».

4. - In conclusione, il ricorso deve essere dichiarato in parte irricevibile, ed in parte inammissibile.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte irricevibile, ed in parte inammissibile.

Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Carlo Luigi Cardoni, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/08/2012

IL SEGRETARIO

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