



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 297 del 2009, proposto da:

Cosultsan Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Luca De Pauli, Marco Prati, con domicilio eletto presso Marco Prati in Genova, viale C.Bracelli, 7/8 D;

contro

Istituto Nazionale per la Ricerca Sul Cancro, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Cocchi, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

nei confronti di

Fondiaria - Sai Spa - Divisione Sai - Agenzia di Tolmezzo, Fondiaria - Sai Spa, Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture;

per l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di preparazione, confezionamento e trasporto pasti per degenti, ristorazione dipendenti e terzi, adottato dall'ist di genova e richiesta risarcimento danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Istituto Nazionale per la Ricerca Sul Cancro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 luglio 2012 il dott. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha impugnato il provvedimento d'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di preparazione, confezionamento e trasporto pasti per degenti e prestazioni accessorie indetta dall'Istituto nazionale per la ricerca sul cancro (d'ora in poi IST) di Genova. Il gravame è stato esteso alle misure sanzionatorie conseguenti l'esclusione, vale a dire all'escussione della garanzia ed alla segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Cumulativamente sono state genericamente proposte azioni di reintegrazione in forma specifica e di risarcimento del danno.

L'impugnazione è affidata ai seguenti motivi:

I) Plurima violazione degli artt. 41, 42 e 48 d.Lgs. 12 aprile 2006 n.163 in relazione al capitolato speciale d'appalto. Eccesso di potere sotto vari profili;

II) Violazione degli artt. 2 d.P.R. 26 marzo 1980 n. 327, 48 e 49 d.Lgs. 12 aprile 2006 n.163. Falsità di presupposti di fatto. Difetto di motivazione. Violazione del principio di buona fede;

Violazione dell'art. 7 l. 7 agosto 1990 n. 241. Violazione del giusto procedimento.

Il costruito argomentativo da cui muove l'impugnazione è che la stazione appaltante avrebbe erroneamente promosso la procedura di verifica d'effettivo possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa richiesti dal bando di gara e dichiarati in sede di presentazione dell'offerta.

In particolare, secondo le censure, la *lex specialis* di gara non prescriveva alcun requisito di qualificazione specifico relativamente alla documentazione attestante l'erogazione di servizi analoghi a quello oggetto di gara. Né, con riguardo all'obbligazione di garantire la fornitura dei pasti per i degenti e la veicolazione presso l'Istituto appaltante, il bando e il capitolato richiedevano la prova dell'effettiva disponibilità dell'utilizzo di centro di cottura autorizzato e provvisto di certificazione HACCP.

Sicché la mancata produzione entro i termini fissati dalla stazione appaltante della documentazione richiesta in sede di verifica ex art. 48 cod. contr., che la ricorrente contesta in fatto assumendo di avere comunque adempiuto alla richiesta, non costituirebbe in ogni caso, alla stregua di quanto previsto dalla *lex specialis*, legittima causa d'esclusione dalla procedura concorsuale.

Illegittime sarebbero altresì le conseguenti misure accessorie quali l'incameramento della garanzia e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

L'istituto appaltante si è costituito instando per l'infondatezza del ricorso assumendo l'inattendibilità oggettiva della dichiarazione, resa in sede di verifica dalla ricorrente, in ordine alla disponibilità di due centri di cottura.

In corso di causa la ricorrente, dato atto che il contratto di fornitura oggetto di gara ha avuto esecuzione, ha circoscritto il *petitum* di condanna al risarcimento del danno per equivalente, precisando seppure sommariamente il danno ingiusto sofferto in conseguenza dell'illegittima esclusione.

Alla pubblica udienza del 26 luglio 2012 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

È impugnato il provvedimento d'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di preparazione, confezionamento e trasporto pasti per degenti e prestazioni accessorie, nonché l'escussione della garanzia e la segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Provvedimenti adottati dall'IST di Genova, stazione appaltante, in esito al procedimento promosso ex art. 48 cod. contr. per la verifica del possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa richiesti dal bando di gara e dal capitolato e dichiarati in sede di presentazione dell'offerta.

Le censure muovono da due assi argomentativi dedotti rispettivamente di fatto e diritto.

Sotto il primo, la ricorrente afferma di avere esattamente adempiuto alle richieste, formulate dalla stazione appaltante in sede di verifica: sia in ordine alla produzione della documentazione attestante l'erogazione di servizi

analoghi a quello oggetto di gara, che con specifico riguardo all'obbligazione di garantire la fornitura dei pasti per i degenti e la veicolazione presso l'Istituto appaltante.

Sotto il secondo, deduce che il bando di gara, oltre a non prescrive affatto gli adempimenti probatori richiesti in sede di verifica, avrebbe distinto i requisiti di capacità economico-finanziaria da quelli tecnico-organizzativi posseduti dall'impresa offerente, per ciascuno dei quali richiedendo la presentazione di (due) referenze bancarie e di una relazione tecnica generale.

Ossia proprio le produzioni documentali che la ricorrente afferma d'aver presentato.

Il ricorso è fondato per quanto di ragione.

È assorbente il rilievo di diritto fondato sulla *littera legis* del bando, integrata dalle previsioni contenute nel capitolato speciale, sistematicamente interpretata alla luce degli arresti giurisprudenziali sul punto.

I requisiti di partecipazione alla procedura concorsuale, quali (recte) requisiti di qualificazione soggettiva dell'impresa offerente, richiesti dalla *lex specialis* complessivamente considerata, sono l'attestazione del possesso della certificazione di qualità ISO 9001/2000 relativa all'adempimento dell'obbligazione principale da eseguirsi nel rispetto della normativa HACCP e l'elenco delle principali strutture sanitarie, ad esse assimilabili, pubbliche o private, presso le quali l'offerente ha prestato il servizio riconducibile al *genus* di quello offerto.

Non altri.

E, per quel che qui più rileva, senza ulteriori specificazioni che valgano a prescrivere gli adempimenti che, a pena d'esclusione, l'offerente avrebbe dovuto assolvere.

Viceversa, la stazione appaltante, con il procedimento di verifica promosso ai sensi dell'art. 48 cod. contr., ha di fatto conestato adempimenti probatori a carico della ricorrente aventi ad oggetto requisiti di qualificazione non affatto richiesti dalla *lex specialis*.

Che, quand'anche non li si voglia considerare veri e propri requisiti, ma (ulteriori) elementi oggettivi di riscontro della capacità finanziaria e tecnica dell'offerente, non sono comunque ascrivibili a mera specificazione di quanto già (implicitamente) richiesto, bensì ad una vera e propria non consentita integrazione postuma di adempimenti disposta in sede di verifica.

Oltretutto, così facendo, la resistente ha sovvertito natura e funzione del procedimento di verifica che, ai sensi dell'art. 48 cod. contr., ha ad esclusivo oggetto l'asseverazione della capacità esecutiva dichiarata in sede di partecipazione con riguardo a quei requisiti, e parametri oggettivi di riscontro, esattamente individuati e circoscritti dalla *lex specialis*.

Sicché sia le fatture presentate dalla ricorrente che la relazione esplicativa, sulle modalità di esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto oggetto d'appalto da eseguirsi secondo le garanzie di qualità richieste, erano (necessari e) sufficienti ad attestare rispettivamente i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativi posseduti dall'impresa offerente, come espressamente richiesti dalla *lex specialis*.

Pertanto, in accoglimento del gravame, vanno dichiarati illegittimi il provvedimento d'esclusione, l'escussione della garanzia e la segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

A diversa conclusione deve invece giungersi sulla domanda di risarcimento danni.

Va in limine sottolineato che la società ricorrente ha promosso l'azione di risarcimento in modo generico.

Rettamente qualificata, la domanda in realtà dissimula un vero e proprio cumulo condizionale alternativo.

Per un verso la ricorrente ha infatti formulato domanda di reintegrazione della posizione giuridica soggettiva lesa mediante subentro nel contratto eventualmente stipulato nelle more dalla stazione appaltante con il terzo controinteressato.

Per l'altro, ha, in via condizionata, proposto azione il risarcimento del danno *ex lex aquilia*, ossia il ristoro per

equivalente monetario del danno patrimoniale sofferto in conseguenza dell'illegitima esclusione dalla procedura concorsuale.

Ed alla quale, in prossimità dell'udienza pubblica, ha circoscritto il *petitum* di condanna sul rilievo che il contratto, oggetto di gara, è stato in corso di causa interamente eseguito.

In realtà la prima domanda, quella di reintegrazione mediante subentro nel contratto oggetto d'affidamento, non è stata affatto coltivata dalla ricorrente.

Che, oltre a non aver formulato domanda incidentale di tutela cautelare volta a sospendere il corso del procedimento di gara successivo all'impugnata esclusione, non ha (neanche) impugnato con motivi aggiunti il contratto nel frattempo stipulato dalla stazione appaltante con l'impresa controinteressata.

Né, va sottolineato, ha chiesto l'intervento *iussu iudicis* ex art. 28, comma 3, cod. amm. dell'aggiudicataria postulando l'effetto caducante sul contratto d'appalto scaturente dall'(eventuale) annullamento dell'esclusione.

Sicché la condanna alla reintegrazione in forma specifica, espressamente dedotta nell'atto introduttivo, è *inutiliter data* per fatto imputabile alla società ricorrente.

Vale a dire *imputet sibi* la carenza d'interesse ad agire della prima (e principale) domanda.

Emergenza processuale che informa altresì il giudizio di cognizione sulla residua domanda di risarcimento del danno per equivalente.

Sindacato che, conseguentemente, deve essere ricondotto alla fattispecie di responsabilità ex art 2043 c.c. ossia agli indici di significatività giuridica in cui il relativo giudizio s'articola.

In primo luogo rileva il comportamento tenuto dalla ricorrente nel procedimento di gara.

In particolare all'invito formulato dalla stazione appaltante di chiarire le modalità di esecuzione delle prestazioni, ha risposto dichiarando la disponibilità giuridica di due centri di cottura, che, in esito ad indagine istruttoria, non si è rivelata tale.

La non veridicità di quanto dichiarato, oltre che evocare l'applicazione dell'istituto romanistico dell'*exceptio doli* (in estensione retorica: a nessuno è dato trarre vantaggio dal proprio maleficio) ha integrato circostanza di fatto in grado di indurre in errore la stazione appaltante nell'assumere l'atto d'esclusione, con la conseguenza che non ricorre il requisito soggettivo in capo ad essa, necessario per configurare l'ingiustizia del danno lamentato suscettibile di ristoro patrimoniale.

Conclusivamente l'azione di risarcimento del danno deve essere respinta.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Respinge la domanda di risarcimento danni.

Condanna l'Istituto resistente alla rifusione delle spese di lite in favore della società ricorrente che si liquidano in complessivi 4000,00 (quattromila) euro, oltre diritti ed accessori di legge.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/10/2012

IL SEGRETARIO

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