

N. 00466/2012 REG.PROV.COLL.

N. 00348/2010 REG.RIC.



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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 348 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cisolla Frutta Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Guido Sartorato, Valentina Montecchia, con domicilio eletto presso Valentina Montecchia Avv. in Trieste, via Zanetti 1;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria S. Maria della Misericordia - Dipartimento Servizi Condivisi, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso Federico Rosati Avv. in Trieste, via Donata 3;
Asl 106 - Friuli Occidentale, rappresentata e difesa dall'avv. Vittorina Colo', con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

Centro di Riferimento Oncologico Istituto Nazionale Tumori di Aviano;

nei confronti di

Esperides Srl;

per l'annullamento,

quanto al ricorso introduttivo:

-della determinazione dirigenziale del Dip.Servizi Condivisi dell'Azienda Ospedaliera Universitaria S. Maria della Misericordia di Udine 711/2010 dd. 21.5.2010, con cui l'Azienda Ospedaliera ha aggiudicato l'appalto per la fornitura di prodotti ortofrutticoli indetto con determinazione dirigenziale n. 486 dd. 31.3.2010 - ID10ECOO12 a favore di Esperides srl;

della nota n. 32532 dd. 25.5.2010, con la quale è stata comunicata la predetta aggiudicazione definitiva e gli esiti della gara;

del Verbale della commissione di gara n. 1 dd. 27.4.2010, con il quale i predetti servizi di fornitura sono stati aggiudicati alla Esperides srl, previa compilazione della graduatoria finale ed attribuzione dei punteggi;

per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto fra l'amministrazione resistente e l'Esperides srl in esecuzione degli atti su richiamati e conseguente aggiudicazione dell'appalto e del contratto inerente ai lotti 2 e 3 a favore della Cisolla srl ;

in via subordinata per l'applicazione delle sanzioni alternative previste dall'art. 245 quater d.lgs 162/2006;

quanto ai motivi aggiunti depositati in data 26.7.2010:

-della nota prot. n. 36883 dd. 15 giugno 2010 a firma del Direttore del Dipartimento Servizi Condivisi dell'Azienda Ospedaliero- Universitaria S. Maria della Misericordia di Udine;

-della determinazione dirigenziale del Direttore del Dipartimento Servizi Condivisi dell'Azienda Ospedaliero- Universitaria S. Maria della Misericordia di Udine dd. 5 luglio 2010 n. 873/201 con cui è stata affidata in via d'urgenza la fornitura oggetto dell'appalto in esame

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Universitaria S. Maria della Misericordia - Dipartimento Servizi Condivisi e di Asl 106 - Friuli Occidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2012 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente impugna l'esito della gara per l'affidamento della fornitura di prodotti ortofrutticoli di cui in epigrafe, esperita a procedura aperta con l'aggiudicazione al prezzo più basso.

Con l'unico motivo di ricorso " Violazione dell'art. 3 delle norme di partecipazione alla gara; violazione dell'art. 41 del d.lgs 163/2006; eccesso di potere per contraddittorietà manifesta e difetto di istruttoria" la ricorrente sostiene che la controinteressata aggiudicataria andava esclusa dalla gara per difetto del fatturato specifico e globale nel triennio richiesto dal bando e per il fatto che la ditta, avendo dichiarato di essere di nuova costituzione, avrebbe comunque indicato il fatturato del primo trimestre 2010 in euro 1.186.578,00 che sarebbe non credibile,

Con successivo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato il provvedimento 15 luglio 2010 - non comunicato anteriormente alla produzione in giudizio- di rigetto della richiesta di annullamento in autotutela presentata anteriormente alla proposizione del ricorso. Viene contestualmente impugnata anche la determina di affidamento del servizio in via d'urgenza , deducendo, come

primo motivo, l'invalidità derivata da quello del ricorso introduttivo e come secondo il seguente:

2) Eccesso di potere per assoluto difetto di motivazione, falsità dei presupposti, sviamento e difetto di istruttoria; nell'assunto che la nota 15 giugno sarebbe priva di effettiva motivazione al di là di una "petizione di principio" che non si appoggierebbe su alcuna effettiva documentazione probatoria.

Si sono costituite in giudizio l'azienda ospedaliero universitaria di Udine e l'A.S.S. n. 6 controdeducendo per il rigetto.

Il ricorso è infondato.

La controinteressata aggiudicataria è stata legittimamente ammessa alla gara sotto soglia di cui trattasi, dato che l'amministrazione poteva e doveva far ricorso alle previsioni di cui all'art. 41, c. 3 d.lgs 163/2006 e non poteva arroccarsi sulla richiesta di provare la capacità economica con la dichiarazione del fatturato globale nel triennio precedente in presenza di una ditta che aveva dichiarato di essere operativa da soli tre mesi. In tale contesto è evidente che la dettagliata elencazione delle forniture in corso, a comprova del dichiarato fatturato trimestrale, con specificazione dei clienti già poteva soddisfare il criterio alternativo, previsto dalla norma richiamata proprio per le ipotesi di ditte di nuova formazione. E' infatti evidente che la stazione appaltante ben poteva effettuare grazie a tale elenco le eventuali verifiche ritenute necessarie e che la richiesta inviata con nota 29 aprile 2010 (e tra l'altro erroneamente inviata anche alla ricorrente) è un lampante esempio di miopia burocratica ingenerante un palese disservizio. Era infatti scontato che una ditta che si era formata solo tre mesi prima non avrebbe potuto produrre la richiesta "dichiarazione IVA annuale per ciascuno degli esercizi dichiarati, estratto di bilancio o ogni altra certificazione, in originale o copia autenticata, utile ad attestare il fatturato globale realizzato nell'ultimo triennio"! Se la previsione dell'art. 41 cit. non fosse esistita è evidente che una ditta con meno di

un triennio di operatività non avrebbe potuto concorrere alla gara ma, visto che il legislatore ha inteso dare la possibilità anche a ditte con minor anzianità di vita di partecipare da subito alle pubbliche gare, è giocoforza ritenere che per i singoli casi specifici si possa e si debba valutare quello che la ditta è effettivamente in grado di produrre; nel caso di specie il fatturato trimestrale dichiarato, sicuramente ingente, era supportato dalle dettagliate informazioni necessarie all'amministrazione per esperire qualsiasi verifica ritenuta necessaria al vaglio della sua congruenza ed era pertanto già possibile che la stazione appaltante lo considerasse idoneo a fornirle la prova della necessaria capacità economica, come evidentemente ha fatto, re melius perpensa, dopo aver riflettuto sull'irrazionalità della propria richiesta del 29 aprile 2010.

D'altro canto che il comportamento dell'amministrazione, per quanto non illegittimo, non sia neanche un buon esempio di gestione del pubblico servizio si evince anche dal fatto che, come giustamente lamentato dalla parte ricorrente, la risposta alla sua informativa pre ricorso non le sia stata tempestivamente trasmessa ma le sia stata resa nota solo con l'avvenuto deposito in giudizio, circostanza che l'amministrazione non smentisce. Il Collegio al riguardo non può che concordare sulla non correttezza del comportamento dell'amministrazione, ma non ritiene che questo valga a legittimare la richiesta condanna della stazione appaltante al rimborso delle spese sostenute per il ricorso per i motivi aggiunti indipendentemente dal loro accoglimento, posto che con i medesimi non è stata impugnata solamente la predetta risposta negativa ma anche il provvedimento di affidamento del servizio in via d'urgenza, il che dimostra che i motivi aggiunti sono stati proposti in relazione ad autonome valutazioni di strategia difensiva della ricorrente, a prescindere dai tempi di comunicazione della reiezione della sua informativa pre ricorso.

Per tutte le considerazioni precedentemente svolte il ricorso, comprensivo dei motivi aggiunti, deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese vanno compensate tra le parti in considerazione del comportamento tenuto dall'amministrazione e come sopra stigmatizzato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/12/2012

IL SEGRETARIO

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