



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 452 del 2011, proposto da:
Associazione Temporanea di Imprese Sol Levante S.r.l., Lacanosa
Soc. Coop. Sociale a r.l., L'Aquilone Soc. Coop. Sociale a r.l.,
rappresentati e difesi dagli avv. Luigia Brunetti e Enrico Pellegrini,
con domicilio eletto presso Enrico Pellegrini in Lecce, via Garibaldi,
43;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Taranto, rappresentata e difesa dall'avv.
Francesco Caricato, con domicilio eletto presso Nicola Stefanizzo in
Lecce, via G.A. Ferrari 5;

nei confronti di

Nuova Luce Cooperativa Sociale a r.l., rappresentata e difesa dall'avv.
Luigi Nilo, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in

Lecce, via 95° Rgt Fanteria, 9;

per l'annullamento

della deliberazione del Commissario Straordinario dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto n° 309 del 1 Febbraio 2011, comunicata alla ricorrente l'8 Febbraio 2011, con cui è stata aggiudicata in favore della Cooperativa Sociale Nuova Luce a r.l. la gara d'appalto per l'affidamento della gestione di n. 7 Comunità Riabilitative Residenziali Psichiatriche e Comunità Alloggio - Lotto n. III Centro Diurno Manduria;

di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale e, segnatamente, di tutti i verbali di gara ed ogni altro atto della procedura;

nonchè per la declaratoria

di inefficacia e/o nullità e/o annullamento del contratto ove quest'ultimo sia eventualmente medio tempore intervenuto e per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale di Taranto e di Nuova Luce Cooperativa Sociale a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 Ottobre 2011 il Cons. Dott. Enrico d'Arpe e uditi per le parti gli avv.ti A. M. Durante, in sostituzione degli avv.ti Luigia Brunetti e Enrico Pellegrini,

Francesco Caricato e Luigi Nilo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'A.T.I. ricorrente (classificatasi al secondo posto con punti 76) – attuale gestore del servizio in questione – impugna la deliberazione del Commissario Straordinario dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto n° 309 del 1° Febbraio 2011, comunicata l'8 Febbraio 2011, recante l'aggiudicazione definitiva in favore della Cooperativa Sociale controinteressata (classificata al primo posto con punti 77) del Lotto n° III relativo al Centro Diurno di Manduria della gara di appalto (procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) per l'affidamento della gestione di n° 7 Comunità Riabilitative Residenziali Psichiatriche e Comunità Alloggio, nonché ogni altro atto connesso e segnatamente tutti i verbali di gara. Chiede, altresì, la declaratoria di inefficacia e/o nullità e/o annullamento del contratto (ove medio tempore intervenuto) ed il risarcimento dei danni.

A sostegno del ricorso sono stati formulati i seguenti motivi di gravame.

- 1) Violazione dell'art. 5.2 lett. A) del Disciplinare di gara in relazione al rinnovo della polizza fideiussoria della cauzione provvisoria – Violazione dell'art. 75, quinto comma, del Decreto Legislativo n° 163/2006.
- 2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 49 e 75 del Decreto

Legislativo n° 163/2006 e del Disciplinare di gara punto 5.2 lett. A) sotto ulteriore profilo.

3) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 49 del Decreto Legislativo n° 163/2006.

4) Violazione e/o falsa applicazione del D.P.R. n° 445/2000 in relazione alle autocertificazioni.

5) Violazione del principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa – Violazione del principio di segretezza delle offerte – Violazione del principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara.

Dopo avere diffusamente illustrato il fondamento in diritto delle domande azionate, l'A.T.I. ricorrente concludeva come riportato in epigrafe.

Si sono costituite in giudizio l'Azienda Sanitaria Locale di Taranto e la controinteressata Nuova Luce Cooperativa Sociale a r.l., depositando memorie difensive con le quali hanno puntualmente replicato alle argomentazioni della controparte, concludendo per la reiezione del ricorso.

L'A.T.I. ricorrente ha presentato, in via incidentale, istanza di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati, che è stata accolta da questa Sezione con ordinanza n° 280 del 6-7 Aprile 2011 (riformata, però, in appello dalla III Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n° 3068/2011).

Alla pubblica udienza del 26 Ottobre 2011, su richiesta di parte, la

causa è stata posta in decisione.

In via preliminare, va disattesa l'eccezione (sollevata dalla difesa della Società controinteressata nella memoria difensiva finale) di improcedibilità del gravame per l'omessa impugnazione della deliberazione n° 2077 del 30 Giugno 2011 adottata – nelle more del giudizio – dal Commissario Straordinario dell'Azienda Sanitaria Locale resistente, in ragione del carattere non provvedimentale della predetta deliberazione aslina, in quanto dichiaratamente emanata al solo fine di dare adempimento all'ordinanza cautelare della Sezione n° 280 del 7 Aprile 2011 e senza aver preliminarmente provveduto a ritirare in autotutela l'aggiudicazione definitiva già disposta con precedente la deliberazione del Commissario Straordinario dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto n° 309 del 1° Febbraio 2011 (ultimo atto autoritativo del procedimento amministrativo di evidenza pubblica).

Ciò premesso, il Tribunale ritiene che la domanda impugnatoria proposta con il ricorso sia fondata e vada accolta, nei sensi di seguito indicati.

Si deve, subito, rilevare che non sono condivisibili le prime quattro censure proposte in via principale dall'A.T.I. ricorrente.

Il Collegio ritiene sufficiente (al fine di confutare tali censure) osservare sinteticamente che: 1) la garanzia a corredo dell'offerta (deposito cauzionale provvisorio) è stata prestata dalla controinteressata in perfetta conformità del combinato disposto

dell'art. 5.2. lett. A) del Disciplinare di gara e dell'art. 75 quinto comma del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163, considerato che quest'ultima norma dispone testualmente che “la garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta; il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura”; 2) la predetta garanzia, inoltre, è stata prestata con polizza fideiussoria recante regolare intestazione alla Nuova Luce Cooperativa Sociale a r.l., tenuto conto della previsione dell'art. 49 terzo comma del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 in quanto, da un lato, nessuna norma di legge o prescrizione del Disciplinare di gara prevedeva che la cauzione provvisoria dovesse essere intestata anche all'impresa ausiliaria e, dall'altro, pur se il deposito cauzionale provvisorio assolve anche allo scopo di garantire la stazione appaltante dalle dichiarazioni non veritiere, non può obliterarsi che nell'ipotesi di dichiarazioni mendaci rese dall'impresa ausiliaria non si potrebbe mai configurare una carenza di garanzia perché il citato articolo 49 terzo comma prevede che, in qualsiasi caso di dichiarazioni mendaci, la stazione appaltante esclude il concorrente e

escute la garanzia; 3) la controinteressata Nuova Luce Cooperativa Sociale a r.l. si è avvalsa dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi dell'impresa ausiliaria (Demetra Cooperativa Sociale a r.l.) ai sensi dell'art. 49 primo comma del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163 e la "lex specialis" non richiedeva il requisito di ammissione della "specificata esperienza nel settore oggetto dell'appalto", limitandosi il punto C 3 dell'art. 5.2 del Disciplinare di gara a prescrivere la dimostrazione della capacità tecnica mediante produzione dell'elenco dei principali servizi analoghi prestati nell'ultimo triennio; 4) l'attestazione di conformità all'originale in ordine ai documenti dell'impresa ausiliaria è stata resa anche dal legale rappresentante della Nuova Luce Cooperativa Sociale a r.l. ai sensi dell'art. 49 secondo comma del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163.

Come già segnalato nella fase cautelare del giudizio, il Tribunale ritiene, invece, fondato il quinto motivo di gravame – prospettato in via subordinata dall'A.T.I. ricorrente –, incentrato sulla violazione dei principi generali in tema di segretezza e genuinità delle offerte, perché la gara si è svolta in più sedute successive (per una durata di circa quattro mesi, dopo l'apertura dei plichi contenenti la documentazione tecnica presentata dalle Ditte concorrenti) senza che sia stata fatta menzione nei verbali dell'adozione di misure cautelari a tutela dell'integrità e della conservazione delle buste contenenti le offerte tecniche: ossia senza indicare se i plichi siano

stati risigillati o comunque richiusi in modo adeguato (ad esempio: in una cassaforte, in un armadio o in un locale archivio chiusi a chiave), così da evitare qualsiasi ipotesi di manomissione, condividendosi l'orientamento giurisprudenziale prevalente secondo cui la Commissione (nei casi in cui la gara non si esaurisca in una sola seduta) deve predisporre particolari cautele a tutela dell'integrità e della conservazione delle buste contenenti le offerte, di cui deve necessariamente farsi menzione nel verbale di gara, e che tale tutela deve essere assicurata in astratto ed a prescindere dalla mancata dimostrazione della effettiva manomissione dei plichi (ex multis: Consiglio di Stato, V Sezione, 21 Maggio 2010 n° 3203; 12 Dicembre 2009 n° 7804).

Infatti, risulta “per tabulas” (verbale n° 3) che il seggio di gara, nella seduta pubblica del 31 Marzo 2010, ha proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche e, in esito a tale seduta, si è limitato a dare atto che “tutta la documentazione tecnica, raccolta in faldoni, è depositata a cura del Segretario verbalizzante presso apposita stanza dell'Area Gestione del Patrimonio, per essere di volta in volta messa a disposizione della Commissione Giudicatrice per la valutazione tecnica prevista dal Disciplinare di gara”, senza però precisare se i plichi contenenti le offerte tecniche presentate dai candidati venissero risigillati o comunque custoditi in modo adeguato (ad esempio: in una cassaforte, in un armadio o in un locale archivio chiusi a chiave), onde evitare qualsiasi ipotesi di manomissione degli

elaborati tecnici.

Dai successivi verbali redatti dalla Commissione tecnica emerge che quest'ultima procedeva all'esame delle offerte tecniche, omettendosi però di dare atto dello stato di custodia dei relativi plichi e di eventuali accertamenti sull'integrità degli stessi, sicchè – in definitiva –, dal 31 Marzo 2010 al 13 Settembre 2010 (verbale n° 4), i plichi in questione sono rimasti depositati presso una (non meglio precisata) stanza dell'Area Gestione del Patrimonio dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto, senza che alcuna delle cautele certamente idonee a garantire l'integrità e la perfetta conservazione degli stessi sia stata adottata (come doveroso) e documentata a verbale, per cui nella specie non vi è certezza sulla genuinità delle offerte tecniche valutate dall'apposita Commissione Giudicatrice nominata dall'Azienda Sanitaria Locale di Taranto.

A nulla vale, poi, ad avviso del Collegio, la verifica postuma effettuata dalla stazione appaltante in data 30 Giugno 2011 (evidenziando l'insussistenza, a quella data, di condizioni di non integrità dei plichi delle offerte tecniche, previo irrituale invito alle Ditte partecipanti teso ad ottenere conferma della genuinità delle rispettive offerte tecniche esaminate dalla Commissione giudicatrice). Le altre domande (peraltro, genericamente) prospettate dall'A.T.I. ricorrente vanno, invece, disattese, poiché l'accoglimento unicamente del quinto motivo di gravame (formulato in via subordinata ed incentrato su vizi di legittimità idonei a travolgere l'intera gara)

comporta la ripetizione integrale della procedura aperta di che trattasi.

Per le ragioni innanzi indicate il ricorso deve essere accolto parzialmente, nei limiti sopra precisati.

Sussistono gravi ed eccezionali motivi (l'accoglimento solo parziale del ricorso) per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie parzialmente, nei limiti precisati in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 26 Ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente FF, Estensore

Giuseppe Esposito, Referendario

Paolo Marotta, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/10/2011

IL SEGRETARIO

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