



REPUBBLICA ITALIANA

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 648 del 2012, proposto da:

Performat s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Silvia Lari, con domicilio eletto presso Emanuela Giovannoni in Firenze, via G. Berchet 5;

contro

Università degli studi di Pisa, in persona del Rettore in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distr.le dello Stato, domiciliataria per legge;

nei confronti di

Servizi Esculapio s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.;

Centro di Psicologia Integrata e Ipnosi, in persona del legale rappresentante p.t.;

Centro Studi di Psicologia Applicata; in persona del legale rappresentante p.t.;

per l'annullamento

del provvedimento del dirigente dell'Area istituzionale, organizzazione e controllo del 26 marzo 2012, conosciuto in data 28 marzo 2012 per essere stato inviato via fax prot. i/13 del 26/03/2012 n. 0004331, con il quale è stato aggiudicato definitivamente al Centro studi di psicologia applicata l'affidamento del servizio di gestione dello Sportello mobbing dell'Università di Pisa, per la durata di 18 mesi;

nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ancorché di nome e contenuto non conosciuto, ed in particolare, dei provvedimenti di ammissione alla successiva fase di gara dei concorrenti Centro studi di psicologia applicata e Centro servizi Esculapio contenuti nel verbale di gara del 14/12/2011;

di tutti i verbali di gara come successivamente enunciati;

del parere favorevole del 12/03/2012 con il quale la commissione opta per la congruità dell'offerta della futura aggiudicataria;

del provvedimento confermativo del precedente parer, adottato dal responsabile unico del procedimento - dott. Massimiliano Tramati il 13/03/2012;

delle lettere di invito datate 16/11/2011;

del capitolato d'appalto per l'affidamento del servizio di gestione dello sportello mobbing dell'Università di Pisa, all. A alla lettera d'invito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Università degli Studi di Pisa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 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 lettera d'invito del 16 novembre 2001 l'Università degli Studi di Pisa indiceva una procedura ristretta per l'affidamento del servizio di gestione dello Sportello mobbing dell'Ateneo, per la durata di 18 mesi.

Alla gara venivano invitati l'associazione professionale ricorrente, il Centro di Psicologia Integrata e Ipnosi e il Centro Studi di Psicologia Applicata.

Nel corso della seduta pubblica del 14 dicembre 2011, aperte le buste contenenti la documentazione amministrativa, si constatava che i rappresentanti legali del Centro di Psicologia Applicata avevano dichiarato che nell'ultimo anno, non vi erano soggetti cessati dalle cariche sociali.

Nondimeno dalla documentazione prodotta (atto di costituzione dell'associazione professionale e atto di recesso dalla medesima della dott.sa Francesca Granchi) emergeva che, con decorrenza dal 1° gennaio 2011, era divenuto efficace il recesso di uno degli originali associati. A verbale veniva, inoltre, annotata l'omessa sottoscrizione del capitolato d'appalto, tale formalità essendo stata espletata solo per quanto riguarda il facsimile allegato avente ad oggetto le comunicazioni bancarie da utilizzare ai fini dell'aggiudicazione definitiva.

Il seggio di gara deliberava, tuttavia, di ammettere con riserva il Centro Studi di Psicologia Applicata, con l'invito ad integrare la dichiarazione già presentata e prendendo atto che nel modello di autocertificazione "*è contenuta l'accettazione integrale delle condizioni indicate nel capitolato d'appalto*".

La commissione procedeva, poi, a riesaminare il plico presentato da un soggetto non invitato alla procedura, ossia il Centro Servizi Esculapio s.r.l., nei cui confronti, peraltro, veniva rilevata l'omissione della sottoscrizione del capitolato d'appalto e la mancata specifica, al punto 4 del modello di autodichiarazione, che, nell'ultimo anno, non vi erano soggetti cessati dalle cariche sociali.

Anche in questo caso la commissione deliberava all'unanimità di ammettere con riserva l'associazione in parola, invitandola ad integrare la documentazione presentata.

Nella seduta del 29 dicembre 2011 venivano esaminate le integrazioni documentali presentate dalle concorrenti deliberando di ammetterle alla prosecuzione della gara.

Dopo l'esame delle offerte tecniche, avvenuta in seduta riservata, nella seduta pubblica del 2 febbraio 2012 venivano comunicati i punteggi riportati da ciascuna un concorrente a tale riguardo e aperte le buste contenenti l'offerta economica.

L'offerta presentata dal Centro Studi di Psicologia Applicata risultava di gran lunga la migliore, avendo presentato un ribasso del 41% rispetto al prezzo a base di gara (€ 11.000 contro i 24.000 previsti dalla lettera d'invito). Pertanto si richiedeva al Centro Studi di Psicologia Applicata di fornire adeguate giustificazioni per la valutazione della congruità dell'offerta presentata.

Ritenute valide le giustificazioni prodotte, nella seduta pubblica del 20 marzo 2012 il Centro Studi di Psicologia Applicata veniva dichiarato aggiudicatario provvisorio, e, con determinazione del 26 marzo 2012, il responsabile unico del procedimento stabiliva l'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Avverso tale atto proponeva ricorso l'associazione professionale in intestazione, chiedendone l'annullamento,

previa sospensione, e deducendo i seguenti motivi, vinte le spese di giudizio:

1. Violazione dell'art. 97 della Costituzione dell'art. 67 d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 334 del d.p.r. n. 207/2010, nonché degli artt. 49 del Manuale di amministrazione dell'Università degli Studi di Pisa, 64 del Regolamento di Ateneo per l'amministrazione della finanza della contabilità. Carezza dei requisiti essenziali della lettera di invito.
2. Violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 2, 57, co. 6, e 125 d.lgs. n. 163/2006, degli artt. 331 e 332 del d.p.r. n. 207/2010, dell'art. 47 del Manuale di amministrazione dell'Università degli Studi di Pisa, dell'art. 64 del Regolamento di Ateneo per l'amministrazione della finanza della contabilità. Eccesso di potere per violazione e falsa applicazione della lettera d'invito.
3. Violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 2 d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 1341 cod. civ.; art. 64 del Regolamento di Ateneo per l'amministrazione della finanza della contabilità.
4. Violazione dell'art. 97 della Costituzione degli artt. 2, 38, 46 e 125 d.lgs. n. 163/2006, degli artt. 329 e 334 del d.p.r. n. 207/2010 dell'art. 47 del Manuale di amministrazione dell'Università degli Studi di Pisa, dell'art. 64 del Regolamento di Ateneo per l'amministrazione della finanza della contabilità. Violazione della disciplina di gara.
5. Violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 120 del d.p.r. n. 207/2010, dell'art. 64 del Regolamento di Ateneo per l'amministrazione della finanza della contabilità, degli artt. 50 e 51 del Manuale di amministrazione dell'Università degli Studi di Pisa. Eccesso di potere per violazione della lettera d'invito, dei principi di trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa, contraddittorietà tra atti endoprocedimentali e difetto di motivazione e di istruttoria; erronea valutazione dei presupposti di fatto.
6. Violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 2, 86, 87 e 88 d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 121 del d.p.r. n. 207/2010, e 51 del Manuale di amministrazione dell'Università degli Studi di Pisa. Eccesso di potere per valutazioni illogiche e insufficienza della motivazione, nonché errore di fatto.

La ricorrente avanzava anche una richiesta di risarcimento del danno derivante dall'illegittima aggiudicazione in favore della controinteressata.

Si è costituita in giudizio l'Università degli Studi di Pisa opponendosi all'accoglimento del gravame.

Con ordinanza n. 337 del 22 maggio 2012 è stata accolta la domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati.

All'udienza pubblica del 3 luglio 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso all'esame il provvedimento in epigrafe con cui il dirigente dell'Area istituzionale, organizzazione e controllo con il quale è stato aggiudicato definitivamente al Centro studi di psicologia applicata l'affidamento del servizio di gestione dello Sportello mobbing dell'Università di Pisa, per la durata di 18 mesi.
2. Preliminarmente occorre dare atto della rinuncia, da parte dell'associazione ricorrente, al primo motivo con cui veniva censurata la lettera d'invito in quanto non conterrebbe alcuna necessaria specificazione in ordine alla descrizione dell'oggetto della gara e alle modalità di svolgimento del servizio, senza che le indicazioni recate nel capitolato d'appalto possano surrogare detta omissione, avuto riguardo alla funzione svolta da tale documento.
3. Nel merito il ricorso è comunque fondato, non ravvisandosi motivi per discostarsi dall'orientamento già espresso dal collegio nella fase cautelare del giudizio.
4. Passando all'esame delle singole censure, va in primo luogo dichiarata inammissibile quella dedotta con il secondo motivo, in relazione al mancato invito alla gara di operatori aventi sede fuori della Provincia di Pisa, non avendo la ricorrente la titolarità di alcun interesse a far valere tale asserito profilo di illegittimità.
5. Assorbente rilievo va, per contro, assegnato al quarto motivo con cui è denunciata la violazione degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163/2006, per avere la ditta controinteressata ommesso di dichiarare che nell'ultimo anno vi erano

soggetti cessati dalle cariche sociali per i quali andavano rese le dichiarazioni previste dalla norma citata.

Dispone infatti l'art. 38, co. 1, lett. c), in tema di cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici relative a talune condanne penali, che *“In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata”*.

6. L'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, sia prima che dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011, impone con ogni evidenza la presentazione di una dichiarazione sostitutiva completa, a pena di esclusione secondo quanto disposto dal successivo art. 46, di modo che, in caso di omissione di tale dichiarazione, richiesta tanto ai sensi della norma di legge che della *lex specialis*, va esclusa dalla gara l'impresa che non l'abbia resa, non potendo attribuirsi rilevanza alcuna alla circostanza di fatto che i soggetti cessati dalla carica non avessero precedenti penali (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 4 febbraio 2010, n. 117; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 24 ottobre 2011, n. 1871; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 9 giugno 2011, n. 888).

Tale obbligo, espressivo di principi fondamentali di ordine pubblico, anche in caso di previsioni generiche della *“lex specialis”*, ne consente la eterointegrazione, ove manchino clausole esplicite con esso contrastanti (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 4 febbraio 2010, n. 117; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 28 dicembre 2011, n. 714).

Ne segue che, avendo la commissione di gara consentito di *“regolarizzare”* tale essenziale omissione ne è risultato violato il principio di parità tra i concorrenti, posto che nella fattispecie, non di integrazione di documentazione incompleta trattavasi, bensì di produzione tardiva di una documentazione essenziale che avrebbe dovuto essere contenuta nel plico della documentazione amministrativa (cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, 6 aprile 2011, n. 618).

Ne può ragionevolmente sostenersi l'ambiguità o l'erroneità delle indicazioni contenute nella lettera d'invito, posto che il modello di autocertificazione imponeva ai concorrenti di dichiarare *“che nell'ultimo anno non ci sono soggetti cessati dalle cariche societarie/dell'operatore economico”*, essendo chiaro l'alternativo riferimento ad una compagine societaria o a un diverso soggetto economico rivestente altra forma giuridica.

Ed ancora, va ritenuta non condivisibile la tesi della specificità del settore per il quale la gara è stata espletata e della specialità della normativa di riferimento, atteso che la norma citata pone un principio generale e inderogabile, posto a tutela dell'imparzialità, della trasparenza, del corretto svolgimento della procedura.

Pertanto, in ragione di tale insanabile omissione, il Centro Studi di Psicologia Applicata avrebbe dovuto essere escluso dalla gara e, per le medesime ragioni, analogo provvedimento di estromissione avrebbe dovuto essere assunto nei riguardi di Servizi Esculapio s.r.l..

Ne segue, per le argomentazioni esposte, che il ricorso va accolto con il conseguente annullamento dell'atto di aggiudicazione in favore del Centro Studi di Psicologia Applicata, con ogni conseguente determinazione in ordine all'aggiudicazione della gara in favore della ricorrente, ove ne sussistano i presupposti.

Parte ricorrente domanda, altresì, il risarcimento del danno asseritamente prodotto dall'illegittimità della procedura di gara, riservandosene la quantificazione in corso di giudizio ovvero chiedendone la liquidazione in via equitativa.

Tale azione, oltre che proposta in via subordinata, non si palesa assistita dai necessari presupposti, non essendo suffragata da alcuna allegazione in ordine all'effettiva esistenza del danno, al nesso di causalità e all'elemento soggettivo della colpa dell'Amministrazione, ossia degli elementi essenziali per la sua configurazione, atteso che, pacificamente, la mera illegittimità dell'atto non è idonea a determinarne automaticamente l'illiceità ai fini della responsabilità ex art. 2043 cod. civ. (Cass. civ., sez. VI, 15 marzo 2012, n. 4172, id. 23 febbraio 2010, n. 4326).

La domanda va pertanto respinta.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza, come in dispositivo liquidate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, - lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'atto di aggiudicazione impugnato;

- dà atto della rinuncia da parte della ricorrente al primo motivo;

- respinge la domanda di risarcimento del danno.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano in € 3.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Angela Radesi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/11/2012

IL SEGRETARIO

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