



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 559 del 2013, proposto da:

Srl Orione, rappresentata e difesa dall'avv. Adriano Tolomeo, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Guglielmo Oberdan 70;

***contro***

Comune di Lecce, rappresentato e difeso dall'avv. Elisabetta Ciulla, con domicilio eletto presso il Municipio di Lecce;

***nei confronti di***

Cooperativa Theutra, cooperativa Oasimed, Novamusa srl, in proprio e quali componenti del RTI Theutra-Oasimed-Novamusa, rappresentate e difese dagli avv. Pietro Quinto, Luigi Quinto, con domicilio eletto presso il loro studio in Lecce, via Garibaldi 43;

***per l'annullamento***

della determinazione CdR XI 5.3.2013 n. 25 di aggiudicazione definitiva dell'appalto e di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e/o consequenziale, tra cui l'aggiudicazione provvisoria, i verbali di gara e la nota 6.3.2013 prot. n. 0025977/13 di comunicazione, nonchè del bando e/o del CSA e del contratto di appalto, ove concluso, del quale si chiede la declaratoria di nullità, invalidità, inefficacia e/o comunque sua disapplicabilità, nonché per il risarcimento dei danni in forma specifica, con l'assegnazione dell'appalto, e/o per equivalente monetario;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lecce e della Coop Theutra, Coop Oasimed e di Novamusa srl;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Coop Theutra, Coop Oasimed e Novamusa srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 novembre 2013 il dott. Luca De Gennaro e uditi per le parti l'avv. Tolomeo, l'avv. Ciulla, l'avv. Luigi Quinto.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con bando del 28.12.2012 il Comune di Lecce ha indetto una gara per l'affidamento della gestione dei servizi di informazione e accoglienza turistica – servizi ausiliari.

Alla procedura sono state ammesse due partecipanti, la ricorrente e il costituendo RTI Theutra (mandataria) – Oasimed e Novamusa (mandanti); la gara è stata aggiudicata in via definitiva al RTI Theutra con determina del 5.3.2013.

Con il ricorso in epigrafe la Orione srl impugna l'esito della gara e articola i seguenti motivi:

- violazione e falsa applicazione art. 38, comma 1, lett. f) d.LGS. 163/2006 e dpr 445/2000;
- violazione della lex specialis di gara e dell'art. 75 D.lgs. 163/2006;
- violazione e falsa art. 42 D.lgs. 163/2006;
- violazione art. 83 D.lgs. 163/2006, carenza di motivazione, violazione dei principi di concentrazione e continuità della gara.

Si è costituito il RTI aggiudicatario, chiedendo la reiezione del ricorso e proponendo altresì impugnativa incidentale, volta a contestare l'ammissione alla gara della ricorrente.

Si è costituito il Comune di Lecce insistendo per il rigetto del ricorso.

All'udienza del 13 novembre 2013 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

Il ricorso incidentale è fondato.

Con il primo motivo di ricorso, che ha natura assorbente, la Coop. Theutra impugna in via incidentale l'ammissione alla gara della ricorrente, in quanto la stessa risulterebbe sprovvista del requisito di partecipazione e consistente nell'aver svolto "per Enti pubblici e/o contenitori culturali pubblici continuativamente negli ultimi tre anni servizi analoghi a quelli dell'oggetto dell'appalto"

Il motivo è fondato.

Il requisito, richiesto dal bando di gara, concerne lo svolgimento continuativo nel triennio 2009-2011 di servizi analoghi a quelli oggetto della gara pubblica.

La Srl Orione ha dichiarato, a comprova del possesso del citato requisito, di aver svolto per il Comune di Otranto nel triennio indicato il servizio di organizzazione e allestimento di mostre nel Castello aragonese di Otranto.

Risulta però dagli atti che il contratto di concessione del servizio è stato stipulato il 16.4.2009 e il servizio stesso è stato espletato fino al 31.12.2011. Ne consegue che, dal 1.1.2009 al 16.4.2009 la ricorrente non è in grado di allegare e dimostrare l'esercizio di un'attività organizzativa analoga a quella dell'appalto *de quo*; non risulta quindi rispettato il requisito dell'esperienza triennale richiesto dal bando ai fini dell'ammissione alla procedura.

Sul punto non è convincente la tesi della ricorrente che sostiene di aver intrapreso un'attività preparatoria al servizio stesso nei mesi antecedenti alla stipula del contratto di concessione; di tale attività non viene fornita una dimostrazione effettiva e comunque l'attività preparatoria, dai contorni indefiniti, non può di per sè ritenersi attività fungibile con quella di effettiva prestazione del servizio di organizzazione e accoglienza turistica ai fini della dimostrazione di aver svolto un servizio analogo.

L'accoglimento dell'impugnativa incidentale non determina ex se l'inammissibilità del ricorso principale, trattandosi di gara con due soli partecipanti, in conformità al principio, a cui il Collegio si attiene, stabilito dalla Corte di Giustizia nell'interpretazione dell'art. 1 paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE ("se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi

presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale", sent. CE 4 luglio 2013, n.C-100/12 a cui si rinvia per maggiori riferimenti); alla luce della giurisprudenza comunitaria occorre dunque verificare se l'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto sia conforme alla disciplina di gara, alla luce dei motivi di impugnazione svolti dalla Orione srl.

Il ricorso principale è infondato.

Con il primo motivo la ricorrente contesta che sia stato violato l'obbligo di dichiarare un grave errore professionale, obbligo che sarebbe sancito dall'art. 38, comma 1 lett. f) D.lgs. 163/2006. Nel dettaglio, non sarebbero stato oggetto di comunicazione le vicende relative ad un servizio che Novamusa srl prestava in favore della Regione Sicilia, revocato in virtù di atti di mala gestione e attualmente oggetto di un contenzioso giudiziario.

Il motivo è infondato.

Secondo la giurisprudenza prevalente (cfr. Cons. Stato 2403/2011), a cui il Collegio ritiene di aderire, l'art. 38 comma 1 lett. f), d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 - nel disporre che devono essere esclusi dalla gara pubblica i soggetti che hanno commesso un grave errore professionale nei confronti di soggetto diverso da quello che ha bandito l'appalto - affida alla stazione appaltante il compito di valutare la sussistenza del necessario rapporto fiduciario con l'impresa alla luce dei suoi precedenti contrattuali; lo stesso articolo presuppone che alla eventuale esclusione si addivenga solo a seguito di una motivata valutazione della stessa stazione appaltante che, oltre a fornire una adeguata prova dell'inadempimento, evidenzia come questo risulti rilevante sotto il profilo della affidabilità dell'impresa, a conclusione di una valutazione che non può non essere connotata da un ampio margine di discrezionalità, essendo rimesso al suo apprezzamento il giudizio in ordine alle violazioni commesse nella esecuzione di precedenti rapporti.

Nel caso di specie tale valutazione non è intervenuta e dunque non vi è il presupposto essenziale perché la Novamusa srl dovesse essere esclusa in via automatica. Per le stesse ragioni la società non era tenuta ad effettuare una dichiarazione per un evento che non era stato qualificato dalla stazione appaltante come rilevante ai sensi del citato art. 38 lett. f).

Con il secondo motivo la Orione srl lamenta la violazione dell'art. 75 D.lgs. 163/2006, in merito alla prestazione di una polizza fideiussoria di durata inferiore a quella richiesta.

Il motivo non ha pregio.

La polizza fideiussoria presentata dall'aggiudicatario è conforme a quanto previsto dal bando che richiama il disposto del citato art. 75 ("la garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta").

La chiara disposizione del bando prevale sulle disposizioni del capitolato che contengono espressioni in parte divergenti, atteso che per principio pacifico le disposizioni del capitolato sono chiamate ad integrare e non a modificare quelle del bando e che, in caso di contrasto, prevalgono le disposizioni di quest'ultimo (cfr. per tutte Cons. Stato 439/2013, 3735/2013).

Peraltro, ed è considerazione risolutiva di tutte le questioni sollevate, l'art. 46 comma 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 ha previsto la tassatività delle cause di esclusione, tra le quali non rientra la prestazione di una cauzione provvisoria di durata eventualmente inferiore a quella prevista. Ne consegue che in ogni caso non potrebbe essere disposta l'esclusione del RTI aggiudicatario per il dedotto motivo.

Con il terzo motivo si lamenta la carenza da parte della mandante Oasimed coop del requisito di esperienza triennale in servizi analoghi.

Il motivo non può essere condiviso.

Il requisito in esame è riconducibile ai requisiti di capacità tecnica ed economica di cui all'art. 42 D.lgs 163/2006, sia per la sua natura (diversa dai requisiti di idoneità professionali che attengono all'iscrizione in albi o registri di cui all'art. 39 D.lgs 163/2006) che per la stessa qualificazione datane dal bando di gara.

In base al bando di gara, tale requisito può essere posseduto "cumulativamente dalle imprese raggruppate" e nella specie le altre componenti del RTI sono pienamente qualificate sotto questo profilo. Non sussiste quindi il difetto contestato.

La clausola del bando, che consente il cumulo del requisito, è infine immune da censure in quanto il requisito in oggetto non attiene, come già evidenziato, a requisiti di abilitazione professionale ma a requisiti di capacità tecnica, che sono pacificamente cumulabili.

Con il quarto motivo si lamenta una motivazione insufficiente e un'attività anomala della Commissione che avrebbe leso il principio di continuità della gara.

La censura non ha pregio.

Per giurisprudenza consolidata, il punteggio numerico assegnato agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa integra una sufficiente motivazione quando siano prefissati, come nel caso di specie, con chiarezza e adeguato grado di dettaglio i criteri di valutazione.

Il principio di continuità della gara, che ha pacificamente natura di principio tendenziale, non viene violato, se le operazioni di gara si svolgono con ragionevole celerità, anche se non in un unico giorno o in pochi giorni consecutivi;.

Nel caso di specie le offerte tecniche sono state aperte l'11 febbraio 2013 e la valutazione si è conclusa il 19 febbraio 2013, ovvero in uno spazio di tempo limitato che di per sé non rende sospetto o illegittimo l'iter procedurale.

Non è quindi rilevabile nessuna violazione del principio di buon andamento della gara.

In conclusione, per le ragioni esposte, il ricorso incidentale viene accolto e respinto il ricorso principale.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso principale;
- accoglie il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 13 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente FF

Gabriella Caprini, Primo Referendario

Luca De Gennaro, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 03/01/2014

IL SEGRETARIO

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