

N. 01107/2011REG.PROV.COLL.
N. 05849/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5849 del 2010, proposto da:

Medicasa Italis S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Raffaele Izzo, Diego Vaiano, con domicilio eletto presso l'avv. Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio N. 3;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Pescara, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Antonucci, con domicilio eletto presso Gigliola Mazza in Roma, via di Pietralata 320/D/4;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI PESCARA: SEZIONE I n. 00601/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO ASSISTENZA INFERMIERISTICA E TERAPIA FISICA DOMICILIARE - MCP..

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale di Pescara;

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 9 novembre 2010 il Cons.

Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Resta, su delega dell' avv.

Vaiano, e Mazza Ricci, su delega dell' avv. Antonucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con nota in data 2 marzo 2010 l'Azienda Sanitaria Locale di Pescara ha escluso la Medicasa Italia s.r.l. dalla gara per l'affidamento del servizio di assistenza infermieristica e di terapia fisica domiciliare ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d. lgs. N. 163 del 2006, in ragione del grave inadempimento del contratto in precedenza stipulato dalla medesima impresa, per avere utilizzato nella propria organizzazione dipendenti della ASL in palese violazione degli obblighi negoziali. Sarebbe infatti risultato che sedici operatori utilizzati dall'impresa si trovavano in regime di incompatibilità.

Il Tar per l'Abruzzo- Sezione staccata di Pescara con la sentenza in epigrafe indicata ha respinto il ricorso dell'interessata riconoscendo la sussistenza dei presupposti di evidente e grave violazione dei doveri di correttezza di un precedente contratto ai sensi dell'art. 38 lett.f).

La Medicasa Italia ha proposto appello assumendo l'assenza di colpa a suo carico ed addebitando la violazione esclusivamente alla condotta illecita dei dipendenti. A tal fine ha ritenuto valere la circostanza di aver costantemente trasmesso i nominativi del personale dedicato al servizio domiciliare , in allegato alle fatture presentate per il servizio reso,all'Azienda che, pur edotta , non avrebbe manifestato alcuna obiezione a riguardo. Avrebbe pertanto errato il Tar dell'imputare esclusivamente all'impresa l'inadempimento dovendosi riconoscere, nella specie, violato

L'obbligo di cooperazione ,ai sensi degli artt. 1375 e 1175 c.c.,da parte dell'Azienda , unica a potersi avvedere del coinvolgimento nel servizio di propri dipendenti.

Si è costituita in giudizio l'ASUL di Pescara resistendo ai motivi di appello.

Sono state depositate memorie ad illustrazione delle rispettive difese.

All'udienza del 9 novembre 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

L'appello , i cui motivi possono essere esaminati congiuntamente data la loro connessione, è da respingere .

La ratio dell'esclusione stabilita dall'art. 38 lett. f) del d. lgs. n. 163 del 2006 poggia sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione fin dal momento genetico (cfr. Cons. St. Sez. V, 16 agosto 2010 n. 5725,Sez. VI, 28 luglio 2010, n. 5029, 27 gennaio 2010 n. 296). Da ciò discende che , ai fini dell'esclusione di un concorrente da una gara, non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente per l'inadempimento in relazione ad un precedente rapporto contrattuale , quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara che abbia fatto venir meno la fiducia nell'impresa. Trattandosi di esercizio di potere discrezionale, esso è soggetto al sindacato del giudice amministrativo nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti.

Nella specie, gli argomenti proposti dall'appellante non sono idonei ad influire sulla negativa valutazione operata dall'amministrazione, che il Collegio ritiene eseguita nel rispetto della disposizione di legge. Invero, il grave inadempimento della clausola contrattuale - che vietava di adibire al servizio infermieristico domiciliare personale dipendente della ASL- non

appare diminuito sotto il profilo oggettivo a causa dell'invio degli elenchi contenenti i nominativi alla stessa Azienda, potendo semmai tale circostanza rilevare sul solo piano della sussistenza della colpa e, quindi, della responsabilità - che non è dato in questa sede esplorare - senza tuttavia far venir meno la compromissione del rapporto fiduciario rilevante ai fini dell'art. 38 lett. f).

Né può asserirsi, diversamente dal caso di cui alla decisione del Consiglio di Stato n. 5030 del 28 luglio 2010, richiamata dall'appellante, che l'amministrazione abbia tenuto, successivamente all'accertamento della grave violazione, un comportamento contraddittorio, avendo essa proceduto, per converso, all'espletamento della gara per il nuovo affidamento del servizio ed escluso la concorrente per la mancanza dei requisiti dell'art. 38, lettera f).

L'appello deve pertanto essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello e conferma la sentenza di primo grado.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese liquidate in euro 3.000,00 (tremila)

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/02/2011

IL SEGRETARIO

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