

**N. 00331/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01150/2011 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1150 del 2011, proposto da:

Cooperativa Senza Frontiere S.C.S., rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Gili, con domicilio eletto presso Luigi Gili in Torino, via Vela, 29;

contro

A.S.L. To 2, rappresentato e difeso dall'avv. Luca Olivetti, con domicilio eletto presso Luca Olivetti in Torino, c.so Duca degli Abruzzi, 14;

nei confronti di

S.D.S. S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Antonella Borsero, Luigi Nilo, con domicilio eletto presso Antonella Borsero in Torino, via Pietro Micca, 21;

per l'annullamento:

- della determinazione n. 787/004B/2011 del 14.10.2011, adottata dal Direttore della S.C. Economato dell'ASL TO 2 di Torino, con la quale è stata disposta la revoca della determinazione n. 318 del 12.4.2011 di aggiudicazione alla ricorrente del servizio di mediazione interculturale, di accoglienza, di informazione e promozione sanitaria, di registrazione informatica delle prestazioni e dei dati epidemiologici, da svolgersi a favore di stranieri temporaneamente presenti (STP) ed ENI (europei non iscrivibili), sul territorio dell'Azienda Sanitaria Locale TO 2 ed è stato aggiudicato il servizio a S.D.S. srl;
 - della nota prot. n. 55363/11 del 13.10.2011, con la quale l'ASL TO 2 ha comunicato alla ricorrente l'annullamento dell'aggiudicazione;
 - del verbale del 15.2.2011, nella parte in cui l'ASL TO 2 ha ammesso S.D.S. srl alla procedura di gara;
 - di ogni altro atto antecedente, preparatorio, presupposto e consequenziale;
- nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per la condanna al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.S.L. To 2 e di S.D.S. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2012 il dott. Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe indicato la Cooperativa Senza Frontiere s.c.s. , premettendo di aver partecipato ad una procedura negoziata indetta dalla ASL TO2 per l'affidamento del servizio di “*mediazione interculturale, di accoglienza, di informazione e promozione sanitaria, di registrazione informativa delle prestazioni e dei dati epistemologici, ove richiesto, da svolgersi a favore di stranieri temporaneamente presenti (STP) ed ENI (Europei non trascrivibili), sul territorio dell’Azienda Sanitaria Locale TO2*”, e di essere stata dichiarata aggiudicataria definitiva con determinazione della ASL TO2 n. 318 del 12 aprile 2011, impugna la determina con la quale detta aggiudicazione é stata revocata, unitamente agli atti sui quali si fonda il provvedimento oggetto di gravame.

Riferisce la ricorrente che la stipula del contratto d'appalto veniva sospesa a cagione di una nota pervenuta il 5 agosto 2011 dalla ASL TO1, nella quale il dott. Flavio Nalesso, che ivi si qualificava come Direttore Amministrativo della ASL TO1 e della ASL TO2, dava l'indicazione di soprassedere alla stipula del contratto in attesa di approfondimenti istruttori; che un contratto in essere con la ASL TO1, relativo al servizio di mediazione interculturale, era stato risolto unilateralmente dalla Amministrazione nel marzo 2009 in ragione di un supposto inadempimento della ricorrente; che la medesima ASL TO1 nel 2010 indiceva una nuova procedura per l'affidamento del medesimo servizio, il quale veniva aggiudicato alla Cooperativa Senza Frontiere con determinazione del 26 marzo 2010; che, infine, con nota del 18 luglio 2010 il Direttore della S.C. Gestione Approvvigionamenti della ASL TO1 contestava alla ricorrente di aver

reso false dichiarazioni all'atto di presentare domanda di partecipazione alla procedura indetta nel 2010, e ciò per il fatto che la società aveva sottaciuto l'inadempimento che aveva portato alla risoluzione contrattuale del marzo 2009.

Con determinazione n. 787/0048/2011 del 4 ottobre 2011 il direttore della S.C. Economato della ASL TO2 determinava di revocare la aggiudicazione n. 318 del 12 aprile 2011, e contestualmente aggiudicava il servizio alla S.D.S. s.r.l., che aveva partecipato alla medesima procedura piazzandosi al secondo posto della graduatoria finale. La revoca della aggiudicazione veniva così motivata: *“a seguito di detti approfondimenti e secondo motivata valutazione della Stazione Appaltante la Ditta Società Cooperativa Senza Frontiere avrebbe commesso grave negligenza o mala fede nell'esecuzione di prestazioni affidate (art. 38 comma 1 lett. f) D. L.vo 12/04/2006 n. 163) dall'ASL TO1 la cui direzione è la stessa dell'ASL TO2 e pertanto si ritiene opportuno non procedere all'aggiudicazione del Servizio ad un soggetto che abbia già nei confronti della ASL TO1 delle gravi pendenze in corso”*.

Tale determinazione, nonché quella con cui la ASL TO2 ha ammesso la S.D.S. s.r.l. alla procedura, sono state gravate dalla ricorrente per i seguenti motivi:

I) violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 21 quinquies L. 241/90, eccesso di potere per difetto di istruttoria, violazione del principio di buona andamento della Pubblica Amministrazione: la Stazione Appaltante non ha mai comunicato alla ricorrente l'avvio del procedimento finalizzato alla revoca della aggiudicazione del 12 aprile 2011, la quale revoca è stata preceduta solo da una mera sospensione della stipula del contratto d'appalto;

II) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 comma 1 lett. f) Codice Appalti, violazione e falsa applicazione dell'art. 3 L. 241/90, eccesso di potere per motivazione insufficiente e perplessa: la revoca della aggiudicazione è stata disposta sulla base di circostanze non accertate, inoltre essa non specifica quali sarebbero i fatti che costituirebbero grave inadempimento;

III) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 lett. f), eccesso di potere per contraddittorietà, sviamento ed uso distorto del potere: la ASL TO2 ha revocato la aggiudicazione sulla base di presunti inadempimenti che sarebbero stati posti in essere nei confronti di una diversa amministrazione (la ASL TO1), fatti che risalgono all'anno 2009 e che tuttavia non avevano impedito alla ASL TO2 di intrattenere, in epoca posteriore, rapporti con la ricorrente, tanto da invitarla alla procedura indetta nel 2011 e da prorogarle il precedente contratto nelle more della definizione di detta procedura;

IV) violazione dell'art. 38 comma 1 lett. f) e dell'art. 2 D. L.vo 163/2006, violazione degli artt. 3 e 41 Cost.: la revoca si fonda su fatti risalenti agli anni 2008/2009 e quindi appare sproporzionata ed irragionevole, anche perché l'art. 38 comma 1 lett. f) deve interpretarsi nel senso che la causa di esclusione ivi prevista non può essere invocata trascorso un anno dai fatti, dovendosi altrimenti dubitare della costituzionalità della norma;

V) violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del capitolato speciale di appalto: la S.D.S. s.r.l., alla quale il servizio è stato aggiudicato a seguito della revoca della aggiudicazione già pronunciata a favore della ricorrente, non possedeva i requisiti di partecipazione individuati all'art. 18 del capitolato speciale non constando che essa abbia mai prestato servizi analoghi a quelli oggetto della gara.

La ricorrente ha quindi instato per l'annullamento degli atti in epigrafe indicati, per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente già stipulato dalla ASL TO2 con la S.D.S. s.r.l., nonché per il risarcimento dei danni, questo da rapportarsi: alla mancata percezione dell'utile di impresa, pari al 10% dell'importo al quale la ricorrente si era aggiudicata il contratto; al danno curricolare, pari al 5% dell'importo medesimo, nelle spese inutilmente sostenute per partecipare alla gara. In subordine, per il caso di mancato accoglimento del ricorso, la ricorrente ha chiesto il riconoscimento, a di lei favore, dell'indennizzo previsto dall'art. 21 quinquies comma 1 bis della L. 241/90.

Si é costituita in giudizio la ASL TO2 per resistere al ricorso, eccependo tra l'altro che con determinazione del 12 aprile 2012 il servizio era stato aggiudicato alla ricorrente solo in via provvisoria, che il 5 agosto 2011 la Cooperativa Senza Frontiere era stata convocata per la stipula del contratto e che a seguito degli accertamenti istruttori compiuti dalla ASL TO1 la stazione appaltante decideva di avvalersi del potere di sospendere l'affidamento del servizio di cui all'art. 22 del capitolato speciale avendo rilevato che le dichiarazioni rese dalla ricorrente in autocertificazione non corrispondevano al vero.

Con ordinanza cautelare del 17 novembre 2011 il Collegio sospendeva l'esecuzione del provvedimento con cui era stata disposta la revoca della aggiudicazione già disposta a favore della Cooperativa Senza Frontiere, in particolare sul rilievo che la causa di esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lett. f) del D. L.vo 163/2006 deve essere intesa in senso conforme al principio comunitario di proporzionalità, anche in punto durata della esclusione.

Il ricorso é quindi pervenuto per la decisione del merito alla pubblica udienza del 9 febbraio 2012.

Esso merita di essere accolto.

Va anzitutto rilevato che il provvedimento con il quale é stata disposta la revoca della determina di aggiudicazione n. 318 del 12 aprile 2011 si fonda unicamente sull'art. 38 comma 1 lett. f) del D. L.vo 163/2006 e sul fatto che la ricorrente *“avrebbe commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di prestazioni affidate.....dall'ASL TO1 la cui Direzione é la stessa dell'ASL TO2...”*.

Orbene, a tacer del fatto che la natura della *“grave negligenza o malafede nella esecuzione di prestazioni?”* contestata dalla ASL TO1 non viene esplicitata nel provvedimento oggetto di gravame e che la stazione appaltante non svolge la benché minima considerazione per spiegare per quale ragione tale negligenza o malafede sarebbe idonea a compromettere, specificamente, il rapporto intercorrente tra la ricorrente e la ASL TO2, si deve dire che dirimente é la constatazione

che la predetta negligenza o malafede sarebbe stata posta in essere in esecuzione di prestazioni affidate dalla ASL TO1, che é amministrazione diversa dalla stazione appaltante.

A tale ultimo proposito non si può sottacere il fatto che le due aziende sanitarie locali, benché poste sotto la direzione della medesima persona fisica (il commissario dott. Giacomo Manuguerra) in vista di un loro futuro accorpamento, erano e sono a tutt'oggi due soggetti di diritto pubblico del tutto distinti, con diversa sede, con diverso patrimonio attivo e passivo, deputate a servire un diverso ambito territoriale: tanto si desume dalla D.G.R. n. 52-1359 del 29 dicembre 2010, prodotta dalla ricorrente, nella quale si dà atto del fatto che con D.G.R. 51-1358 é stato dato l'avvio al riordino del sistema sanitario regionale mediante ridefinizione degli ambiti organizzativi e territoriali delle ASR secondo un progetto da sottoporre alla approvazione del Consiglio Regionale in conformità a quanto disposto dalla L.R. 18/2007. Tale approvazione del Consiglio Regionale non consta sia intervenuta , tanto é vero che le due ASL continuano ad agire sotto la rispettiva ragione sociale. Il processo di accorpamento delle due aziende non risulta quindi, allo stato, essere stato portato a termine, e pertanto all'attualità le vicende che abbiano interessato uno dei due enti non possono automaticamente essere invocate dall'altro di essi.

Tanto premesso deve trovare applicazione il principio giurisprudenziale (Consiglio di Stato sez. V n. 5892/2005; TAR Marche Ancona Sez. I n. 244/2008; Consiglio di Stato sez. III n. 2403/2011) secondo il quale la causa di esclusione contemplata dall'art. 38 comma 1 lett. f) del Codice dei contratti pubblici si applica solo alle negligenze, alla malafede o ai gravi errori commessi nell'esecuzione di prestazioni affidate dalla medesima stazione appaltante, e non anche da diverse amministrazioni: in tal senso depone non solo la lettera della norma ma anche la considerazione che, non avendo il legislatore tipizzato le ipotesi di grave negligenza, di malafede e di errore grave nell'esercizio della attività professionale idonee a precludere la partecipazione di una impresa ad una gara, sarebbe estremamente penalizzante per

l'impresa medesima che una valutazione di inadempimento assunta come tale da un certo ente possa costituire un impedimento alla prosecuzione di ogni altra attività professionale, ciò che comporterebbe una violazione dei principi comunitari e nazionali posti a presidio del *favor participationis* nonché una violazione del diritto alla iniziativa economica costituzionalmente garantito.

La ASL TO2, quindi, non avrebbe potuto revocare l'aggiudicazione già disposta a favore della ricorrente, né d'altronde escluderla dalla procedura, sulla base di fatti attinenti contratti stipulati ed in essere con la ASL TO1, che invece costituiscono l'unico fondamento della revoca della aggiudicazione gravata nel corso del presente giudizio.

Non è inutile rilevare, ad ogni buon conto, che nel caso di specie la ASL TO2 non aveva probabilmente alcun motivo per dubitare della affidabilità della ricorrente e della di lei idoneità ad eseguire il contratto correttamente: prova ne è il fatto che è stata la stessa ASL TO2 ad invitare - con lettera del 4 gennaio 2011 - la Cooperativa Senza Frontiere a partecipare alla procedura oggetto degli atti impugnati. Inoltre, secondo quanto si legge a pag. 3 della comparsa di costituzione della ASL TO2, quest'ultima il 5 agosto 2011 era effettivamente pronta a stipulare il contratto, che invece ha sospeso unicamente in ragione del fax pervenuto lo stesso giorno dalla ASL TO1.

La revoca della aggiudicazione di cui alla determinazione della ASL TO2 n. 787/004B/2011 del 4 ottobre 2011, e la contestuale aggiudicazione disposta a favore della seconda classificata S.D.S. s.r.l., deve pertanto essere annullata per le ragioni dianzi esposte, riconducibili al terzo dei motivi di ricorso, avente rilevanza assorbente.

Quanto sopra determina, in particolare, anche l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse dell'ultimo dei motivi di ricorso, a mezzo del quale la ricorrente ha censurato l'aggiudicazione disposta a favore della S.D.S. s.r.l. per supposta mancanza, in capo alla stessa, di alcuno dei requisiti di partecipazione.

Non risulta che nelle more del giudizio sia intervenuta la stipula del contratto tra la controinteressata S.D.S. s.r.l. e la

stazione appaltante: ciò probabilmente in ragione della sospensione della determinazione della ASL TO2 n. 787/004B/2011 del 4 ottobre 2011, disposta con ordinanza collegiale n. 721 del 17 novembre 2011. La domanda tendente alla declaratoria del contratto stesso deve quindi, allo stato, essere respinta.

Per la medesima ragione deve essere respinta anche la domanda risarcitoria: l'annullamento del provvedimento con il quale é stata disposta la revoca della aggiudicazione a suo tempo disposta a favore della ricorrente restituisce a quest'ultima la possibilità di stipulare il contratto e di eseguirlo per tutta la sua durata, traendone l'utile programmato. La ricorrente non ha, d'altro canto, dedotto né dimostrato di aver subito danni diversi da quelli ascrivibili alla mancata esecuzione del contratto. Conseguentemente va accolta, allo stato, solo la domanda di annullamento della determinazione n. 787/004B/2011 del 4.10.2011, adottata dal Direttore della S.C. Economato dell'ASL TO 2 di Torino, con la quale è stata disposta la revoca della determinazione n. 318 del 12.4.2011 di aggiudicazione alla ricorrente del servizio di mediazione interculturale, di accoglienza, di informazione e promozione sanitaria, di registrazione informatica delle prestazioni e dei dati epidemiologici, da svolgersi a favore di stranieri temporaneamente presenti (STP) ed ENI (europei non iscrivibili), sul territorio dell'Azienda Sanitaria Locale TO 2 ed è stato aggiudicato il servizio stesso a S.D.S. srl.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Condanna le parti resistenti, in solido tra loro, a pagare, a favore della ricorrente, le spese processuali, che si liquidano in E. 3.000,00 (euro tremila), oltre contributo unificato ed accessori di legge.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Roberta Ravasio, Presidente FF, Estensore

Paola Malanetto, Referendario

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2012

IL SEGRETARIO

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