

N. 00696/2013 REG.PROV.COLL.
N. 03330/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3330 del 2012, proposto da:

Hospital Service s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. Sonia Pace, in proprio e quale mandataria dell'ATI con Servizi Sanitari Integrati s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuliano Di Pardo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Enrico Carlomagno in Napoli, alla via R. Bracco 45 ;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II, in persona del Direttore p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Marcello D'Aponte, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Napoli, alla via Toledo 156;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara indetta dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II per l'affidamento del servizio di noleggio, lavaggio, disinfezione, consegna e ritiro di biancheria, disposto dalla commissione giudicatrice nella seduta del 3.7.2012 e

comunicato con nota prot. n.10393 del 6.7.2012 ;

e per ottenere il risarcimento del danno sofferto per effetto dell'illegittima azione amministrativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2013 il dott. Pierluigi Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Hospital Service s.r.l., quale mandataria dell'ATI con Servizi Sanitari Integrati s.r.l., ha presentato istanza di partecipazione alla gara, a procedura aperta, indetta dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II per l'affidamento del servizio quadriennale di noleggio, lavaggio, disinfezione, consegna e ritiro di biancheria. Col ricorso in epigrafe, notificato il 16 luglio 2012 e depositato il giorno seguente, ha impugnato il provvedimento con cui è stata esclusa dalla gara, disposto dalla commissione giudicatrice nella seduta del 3.7.2012, comunicato con nota prot. n.10393 del 6.7.2012, sul rilievo che nella domanda si era riservata la possibilità di subappaltare parte delle attività oggetto dell'affidamento nonostante il divieto di subappalto stabilito dalla lex specialis (art.40 del capitolato speciale).

A sostegno dell'azione volta ad ottenere l'annullamento delle determinazioni lesive ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt.2, 3, 46 e 118 del D. Lgs. n.163/2006, del d.P.R. n.207/2011, della L. n.241/1990, del bando di gara e del capitolato speciale di appalto (artt.19, 20, 32 e 40), degli artt.3 e 97 Cost. nonché dei principi di imparzialità,

libera concorrenza, parità di trattamento, logicità, ragionevolezza, trasparenza, correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa – eccesso di potere, sviamento.

Oltre all'azione impugnatoria ha formulato contestualmente domanda di risarcimento del danno in forma specifica – attraverso la riammissione alla procedura – o, in subordine, per equivalente.

Con decreto presidenziale n.1030 del 18 luglio 2012, è stata accolta la domanda di misure cautelari monocratiche avanzata dalla ricorrente ai sensi dell'art.56 del c.p.a.

L'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II si è costituita in resistenza depositando memoria difensiva in data 10 settembre 2012, ove ha chiesto il rigetto del ricorso per l'infondatezza delle censure prospettate.

Alla camera di consiglio del 12 settembre 2012 il Collegio ha accolto la domanda cautelare con ordinanza n.1257.

Alla pubblica udienza del 23 gennaio 2013, sentiti i difensori presenti, come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

L'ATI costituita dalla Hospital Service s.r.l. e dalla Servizi Sanitari Integrati s.r.l. è stata esclusa dalla gara a procedura aperta – indetta dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II per l'affidamento del servizio quadriennale di noleggio, lavaggio, disinfezione, consegna e ritiro di biancheria – sul rilievo che nella domanda di partecipazione si è riservata la possibilità di subappaltare parte delle attività oggetto dell'affidamento.

Premesso che non è contestata la sussistenza in capo alla ricorrente dei requisiti di qualificazione prescritti dalla *lex specialis*, sulla questione di diritto oggetto della presente controversia il Collegio non ritiene di doversi discostare dall'orientamento affermatosi in giurisprudenza, secondo cui l'incompleta o erronea dichiarazione del concorrente relativa all'esercizio

della facoltà di subappalto è suscettibile di comportare l'esclusione dello stesso dalla gara nel solo caso in cui risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, determinando negli altri casi effetti unicamente in fase esecutiva, sotto il profilo dell'impossibilità di ricorrere al subappalto (cfr., per tutte, Consiglio di Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, nr. 6708 e 12 giugno 2009, nr. 3696).

Tale soluzione appare, infatti, maggiormente in linea col principio di tassatività delle cause di esclusione – ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis, del Codice dei contratti pubblici, modificato dall'art. 4 comma 2, lett. d), d.l. 13 maggio 2011 n. 70 – dal quale discende anche che qualora manchi nella lex specialis una chiara prescrizione che imponga in modo esplicito l'obbligo dell'esclusione, vale il principio della più ampia partecipazione alla gara. Nel caso di specie, l'art. 40, comma 1, del capitolato speciale d'appalto così dispone: *"E' vietato, da parte dell'appaltatore, subappaltare il servizio oggetto della presente procedura, pena l'immediata risoluzione del contratto"*.

Da tale disposizione emerge chiaramente la volontà dell'Amministrazione di considerare il divieto di subappalto quale causa di risoluzione del contratto e non quale causa di esclusione dalla gara, dovendosi ritenere che quest'ultima possa conseguire soltanto alla verifica del mancato autonomo possesso, in capo al soggetto che dichiara di voler subappaltare, dei requisiti di partecipazione.

Va, peraltro, aggiunto che, nella specie, irragionevolmente la commissione di gara non ha neppure tenuto conto dell'esplicita dichiarazione di rinuncia alla riserva oggetto di contestazione, resa dal rappresentante dell'ATI durante la seduta del 3.7.2012.

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso va conclusivamente accolto, per cui s'impone l'annullamento delle determinazioni impugnate.

Non vi è luogo a provvedere sull'istanza di risarcimento del danno per equivalente, atteso che con l'accoglimento della domanda di misure

cautelari monocratiche ex art.56 del c.p.a., disposta sin dal 18 luglio 2012, la riammissione della ricorrente è avvenuta in tempo utile per consentirle di partecipare alle successive fasi della procedura.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II a rimborsare alla ricorrente le spese di giudizio, che liquida in € 2.000,00 (duemila), oltre al contributo unificato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 23 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Michele Buonauro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/02/2013

IL SEGRETARIO

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