

Il fatto poi che il bando si sia limitato a richiedere la certificazione EN ISO 9001/2000 senza possibilità di dare la prova del possesso di certificazioni equipollenti, come prescritto dalla normativa comunitaria in tema richiamata dalla deducente, non vale a rendere illegittima la contestata esclusione in quanto a tal fine sarebbe stata necessaria la tempestiva impugnazione del bando nella parte in cui ha fatto rigorosa applicazione di un criterio meramente formalistico ancorato al possesso di una specifica e determinata certificazione di qualità; né, del pari, per le stesse ragioni può ritenersi in qualche modo censurabile la mancata considerazione dei codici di accreditamento poiché anche in questo caso il seggio di gara si è limitato, come era suo dovere, a dare puntuale applicazione alle previsioni della lex specialis, non impugunate sul punto, che nessuna rilevanza attribuivano al possesso di tali codici né ai fini della partecipazione e neppure ai fini dell'attribuzione del punteggio.

Quanto al settimo motivo di censura nessuna disparità di trattamento è configurabile nel caso di specie atteso che la ricorrente è stata esclusa per l'accertato mancato possesso di una certificazione (UNI EN ISO 9001/2000) prodotta invece dalla aggiudicataria

In tema di dimostrazione del possesso della certificazione di qualità, anche ai fini di poter presentare sia la fideiussione provvisoria che quella definitiva, di importo dimezzato

La società ricorrente premesso di aver partecipato alla gara per pubblico incanto indetta dal Comune di Lettomanoppello per la fornitura, dal 1.1.2004 al 30.6.2006, del servizio di refezione scolastica per gli alunni della scuola materna, elementare e media, da aggiudicare con il criterio del maggior ribasso, con ricorso ritualmente e tempestivamente notificato ha impugnato il provvedimento del 3 gennaio 2004 con cui la stazione appaltante ne ha decretato l'esclusione avendo riscontrato l'invio di una certificazione di qualità, UNI EN ISO 9002/1994, diversa da quella richiesta dal bando, indicata nella certificazione "EN ISO 2001 (2000)", quest'ultima successivamente rettificata in corso di gara, a motivo di un errore materiale, in "UNI EN ISO 9001/2000"._A fondamento del ricorso ha dedotto i seguenti motivi di censura:_1. Violazione dell'art. 3 della legge 241 del 1990 per difetto di motivazione e carenza di istruttoria.**L'amministrazione aggiudicatrice, anziché limitarsi alla verifica del possesso di una generica certificazione (nella specie UNI EN ISO 9001/2000), avrebbe dovuto accertare anche il possesso di un codice di accreditamento appropriato che l'esponente assume di possedere, a differenza della aggiudicataria, indicandolo nel codice 30, specifico per "Alberghi, ristoranti e bar" e cioè proprio per la tipologia di attività oggetto della gara.**_2. Violazione di legge per erronea e falsa applicazione dell'art. 14 del d.lgs. 157 del 17.3.1995.**L'amministrazione aggiudicatrice non avrebbe potuto escludere l'esponente a ciò ostandovi il principio comunitario di equipollenza dei certificati di garanzia, anche in considerazione del fatto che pur essendo in possesso della previgente certificazione UNI EN**

ISO 9002/1994, l'esponente, in data anteriore alla correzione del bando, aveva già avviato la procedura di aggiornamento alla normativa UNI EN ISO 9001/2000, senza peraltro che il bando ne prevedesse il possesso a pena di esclusione._3. Violazione dell'art. 36, comma 1, della direttiva CE 50/92 del 18.6.1992. **La scelta di procedere all'aggiudicazione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa attribuirebbe alla stazione appaltante un ampio potere discrezionale di valutazione mentre nel caso di specie la commissione avrebbe optato per un criterio meramente cartolare senza verificare in concreto la rispondenza delle certificazioni possedute dalle imprese partecipanti alle esigenze del servizio da erogare; secondo tale prospettazione l'omessa valutazione della certificazione ISO 9002/1994 (posseduta dalla esponente), comunque appartenente alla serie "9000", dovrebbe ritenersi illegittima.**_4. Violazione dell'art. 1, comma 2 della legge n. 241 del 1990 per aggravamento del procedimento amministrativo.-La rilevata carenza di istruttoria si sarebbe altresì tradotta in un aggravamento del procedimento avendo costretto l'esponente a formulare un'istanza di riesame per denunciare le predette illegittimità._5. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica. Eccesso di potere per illogicità manifesta del provvedimento di esclusione. **L'errore in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante nell'indicazione della certificazione di qualità richiesta dal bando avrebbe comunque dovuto fare salvo l'affidamento incolpevole ingenerato nelle imprese partecipanti alla gara sicché il Comune si sarebbe dovuto determinare ad esaminare le certificazioni di qualità comunque presentate anche se non corrispondenti a quella indicata dal bando, come successivamente rettificato, ma a quella sostanzialmente equivalenti, tanto più che nel caso di specie le garanzie di accreditamento offerte dalla esponente avrebbero consentito di meglio soddisfare le esigenze del servizio.**_6. Vizio di merito per violazione dei principi di buona amministrazione ed economicità ex art. 97 Cost.. **L'ambiguità del bando di gara avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante ad applicare il principio del favor participationis procedendo ad una analisi sostanziale e non meramente formale delle garanzie di accreditamento offerte dalle imprese partecipanti.**_7. Eccesso di potere per disparità di trattamento._La mancata selezione di un concorrente dotato di titoli preferenziali potiori integrerebbe, a dire dell'esponente, un'ipotesi di disparità di trattamento: qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

. I motivi di censura articolati avverso l'esclusione della società ricorrente, dalla gara, che per la loro intima connessione possono essere esaminati unitariamente, sono infondati._Preliminarmente deve evidenziarsi che la ricorrente non ha specificamente contestato la circostanza che la stazione appaltante abbia successivamente provveduto a rettificare la dicitura del bando "ISO 2001/2000" con quella "ISO 9001/2000", tant'è vero che non ha impugnato il telegramma del 31.12.2003 con cui le si dava notizia dell'avvenuta rettifica. Né a tal fine può reputarsi sufficiente il generico riferimento alla impugnazione degli atti presupposti, secondo il costante insegnamento giurisprudenziale, atteso che al fine di una corretta individuazione del petitum è onere della parte indicare in modo specifico e circostanziato gli atti ed i provvedimenti oggetto di gravame.:_Ora, poiché il possesso dei requisiti richiesti ai fini della partecipazione era previsto a pena di esclusione, la stazione appaltante, preso atto della mancata produzione della certificazione UNI EN ISO 9001/2000, non poteva che disporre l'esclusione dell'esponente._In tal senso a p. 3 del bando si legge infatti espressamente che "L'accertamento dell'insussistenza dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara comporterà l'annullamento della aggiudicazione provvisoria e l'affidamento del concorrente che segue in graduatoria" e poiché tra i requisiti richiesti per la partecipazione era espressamente indicato a p. 1 anche il possesso della certificazione UNI EN ISO 9001/2000, la carenza di tale certificazione di qualità giammai avrebbe potuto comportare l'aggiudicazione in favore della ricorrente che pertanto è stata legittimamente esclusa._Del resto anche a voler prescindere dalla mancata impugnazione della rettifica del bando disposta nelle more dell'espletamento della gara, che si trattasse di mero errore materiale risulta evidente dal fatto che è dato di comune esperienza l'inesistenza di certificazioni di qualità della serie "2000" (2000, 2001, 2002) riferibili all'anno 2000 sicché l'indicazione nel bando della

tipologia di certificazione “EN ISO 2001” non poteva che riferirsi alla serie “9000” e quindi alla EN ISO 9001 aggiornata all’anno 2000, di cui la ricorrente non era pacificamente in possesso, disponendo della certificazione EN ISO 9002/1994, anche se in corso di aggiornamento alla certificazione EN ISO 9001/2000. _Da quanto precede emerge al contempo che nessun affidamento incolpevole, meritevole di tutela, poteva configurarsi nel caso di specie in presenza dell’errore materiale in cui era incorsa la stazione appaltante, trattandosi, per l’appunto, di errore riconoscibile secondo l’ordinaria diligenza

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 359 dell’ 11 maggio 2009 emessa dal Tar Abruzzo, Pescara

N. 00359/2009 REG.SEN.

N. 00118/2004 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 118 del 2004, proposto da C. Pamela, in qualità di amministratore unico e legale rappresentante della società ALFA s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Lorella Scelli ed Andrea Rosati, con domicilio eletto presso Lorella Scelli in Pescara, via Milano 10;

contro

Comune di Lettomanoppello, rappresentato e difeso dall'avv. Giulio Cerceo presso il cui studio in Pescara, via G. D'Annunzio, 142 elegge domicilio;

nei confronti di

BETA Food S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Manuel De Monte, Marcello Russo, con domicilio eletto presso Marcello Russo in Pescara, corso Vittorio Emanuele N. 10;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, del provvedimento del 3 gennaio 2004 con cui il Comune di Lettomanoppello ha disposto l'esclusione della società ricorrente dal procedimento di gara per pubblico incanto indetto con avviso del 4.12.2003 e conclusosi con graduatoria di aggiudicazione del 3 gennaio 2004 nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali al medesimo ed in particolare dell'atto di aggiudicazione definitiva dell'appalto adottato con determinazione n. 61 del 25.9.2004.

Visto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lettomanoppello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società BETA Food s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 05/03/2009 il dott. Luca Monteferrante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La società ALFA s.r.l., premesso di aver partecipato alla gara per pubblico incanto indetta dal Comune di Lettomanoppello per la fornitura, dal 1.1.2004 al 30.6.2006, del servizio di refezione scolastica per gli alunni della scuola materna, elementare e media, da aggiudicare con il criterio del maggior ribasso, con ricorso ritualmente e tempestivamente notificato ha impugnato il provvedimento del 3 gennaio 2004 con cui la stazione appaltante ne ha decretato l'esclusione avendo riscontrato l'invio di una certificazione di qualità, UNI EN ISO 9002/1994, diversa da quella richiesta dal bando, indicata nella certificazione "EN ISO 2001 (2000)", quest'ultima successivamente rettificata in corso di gara, a motivo di un errore materiale, in "UNI EN ISO 9001/2000".

A fondamento del ricorso ha dedotto i seguenti motivi di censura:

1. Violazione dell'art. 3 della legge 241 del 1990 per difetto di motivazione e carenza di istruttoria.

L'amministrazione aggiudicatrice, anziché limitarsi alla verifica del possesso di una generica certificazione (nella specie UNI EN ISO 9001/2000), avrebbe dovuto accertare anche il possesso di un codice di accreditamento appropriato che l'esponente assume di possedere, a differenza dalla aggiudicataria, indicandolo nel codice 30, specifico per "Alberghi, ristoranti e bar" e cioè proprio per la tipologia di attività oggetto della gara.

2. Violazione di legge per erronea e falsa applicazione dell'art. 14 del d.lgs. 157 del 17.3.1995.

L'amministrazione aggiudicatrice non avrebbe potuto escludere l'esponente a ciò ostandovi il principio comunitario di equipollenza dei certificati di garanzia, anche in considerazione del fatto che pur essendo in possesso della previgente certificazione UNI EN ISO 9002/1994, l'esponente, in data anteriore alla correzione del bando, aveva già avviato la procedura di aggiornamento alla normativa UNI EN ISO 9001/2000, senza peraltro che il bando ne prevedesse il possesso a pena di esclusione.

3. Violazione dell'art. 36, comma 1, della direttiva CE 50/92 del 18.6.1992.

La scelta di procedere all'aggiudicazione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa attribuirebbe alla stazione appaltante un ampio potere discrezionale di valutazione mentre nel caso di specie la commissione avrebbe optato per un criterio meramente cartolare senza verificare in concreto la rispondenza delle certificazioni possedute dalle imprese partecipanti alle esigenze del servizio da erogare; secondo tale prospettazione l'omessa valutazione della certificazione ISO 9002/1994 (posseduta dalla esponente), comunque appartenente alla serie "9000", dovrebbe ritenersi illegittima.

4. Violazione dell'art. 1, comma 2 della legge n. 241 del 1990 per aggravamento del procedimento amministrativo.

La rilevata carenza di istruttoria si sarebbe altresì tradotta in un aggravamento del procedimento avendo costretto l'esponente a formulare un'istanza di riesame per denunciare le predette illegittimità.

5. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica. Eccesso di potere per illogicità manifesta del provvedimento di esclusione.

L'errore in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante nell'indicazione della certificazione di qualità richiesta dal bando avrebbe comunque dovuto fare salvo l'affidamento incolpevole ingenerato nelle imprese partecipanti alla gara sicché il

Comune si sarebbe dovuto determinare ad esaminare le certificazioni di qualità comunque presentate anche se non corrispondenti a quella indicata dal bando, come successivamente rettificato, ma a quella sostanzialmente equivalenti, tanto più che nel caso di specie le garanzie di accreditamento offerte dalla esponente avrebbero consentito di meglio soddisfare le esigenze del servizio.

6. Vizio di merito per violazione dei principi di buona amministrazione ed economicità ex art. 97 Cost..

L'ambiguità del bando di gara avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante ad applicare il principio del favor participationis procedendo ad una analisi sostanziale e non meramente formale delle garanzie di accreditamento offerte dalle imprese partecipanti.

7. Eccesso di potere per disparità di trattamento.

La mancata selezione di un concorrente dotato di titoli preferenziali potiori integrerebbe, a dire dell'esponente, un'ipotesi di disparità di trattamento.

Con atto di motivi aggiunti notificati in data 27 aprile e 5 maggio 2004, la società ricorrente ha contestato la mancata esclusione della aggiudicataria dalla gara, deducendo i seguenti ulteriori motivi di doglianza:

8. Violazione dell'art. 12, comma 1, lett. b) ed f) del d. lgs. 157/1995.

L'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per avere il legale rappresentante riportato una condanna per reato incidente sulla moralità professionale (omesso versamento di ritenute previdenziali ed assistenziali, aggravato dalla recidiva, non estinto e non fatto oggetto di riabilitazione), peraltro non dichiarata in sede di partecipazione alla gara, come invece era suo obbligo pena l'esclusione; ciò tanto più se si considera che anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, con le determinazioni n. 13 del 15.7.2003 e n. 56 del 13.12.2000, aveva precisato che i reati contro il patrimonio influiscono sulla affidabilità morale e professionale dei concorrenti ed inoltre che la regolarità contributiva è condizione di partecipazione alle gare pubbliche, richiesta anch'essa a pena di esclusione. Tale condotta posta in essere dalla stazione appaltante configurerebbe altresì un comportamento discriminatorio nei confronti dell'esponente in quanto esclusa pur in assenza di condizioni ostative alla partecipazione presenti invece in capo alla aggiudicataria.

Con ulteriore atto di motivi aggiunti notificato in data 8 e 9 novembre 2004 la ricorrente impugnava la determinazione n. 61 del 25 settembre 2004 con cui la stazione appaltante, in esito a procedimento in autotutela attivato per la revoca della aggiudicazione provvisoria ed occasionato dalla accertata esistenza della

predetta condanna penale a carico del legale rappresentante della BETA Food s.r.l., disponeva la aggiudicazione definitiva in favore di quest'ultima; avverso tale atto l'esponente ha sostanzialmente riproposto i motivi di doglianza già fatti valere con il ricorso introduttivo e con il primo atto di motivi aggiunti, ulteriormente sviluppati ed argomentati, lamentando al contempo l'aggravamento dell'iter procedimentale. Ha altresì formulato istanza di risarcimento del danno.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Lettomanoppello e la controinteressata BETA Food s.r.l. per contestare la fondatezza delle censure ex adverso fatte valere, concludendo per la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti.

Con ordinanza n. 91 del 25 marzo 2004 è stata respinta la domanda incidentale di sospensiva del provvedimento di esclusione della esponente dalla gara.

Tutte le parti hanno depositato memorie conclusionali in vista della pubblica udienza del 5 marzo 2009 in cui la causa è stata trattenuta in decisione.

I motivi di censura articolati avverso l'esclusione della società ALFA s.r.l. dalla gara, che per la loro intima connessione possono essere esaminati unitariamente, sono infondati.

Preliminarmente deve evidenziarsi che la ricorrente non ha specificamente contestato la circostanza che la stazione appaltante abbia successivamente provveduto a rettificare la dicitura del bando "ISO 2001/2000" con quella "ISO 9001/2000", tant'è vero che non ha impugnato il telegramma del 31.12.2003 con cui le si dava notizia dell'avvenuta rettifica. Né a tal fine può reputarsi sufficiente il generico riferimento alla impugnazione degli atti presupposti, secondo il costante insegnamento giurisprudenziale, atteso che al fine di una corretta individuazione del petitum è onere della parte indicare in modo specifico e circostanziato gli atti ed i provvedimenti oggetto di gravame.

Ora, poiché il possesso dei requisiti richiesti ai fini della partecipazione era previsto a pena di esclusione, la stazione appaltante, preso atto della mancata produzione della certificazione UNI EN ISO 9001/2000, non poteva che disporre l'esclusione dell'esponente.

In tal senso a p. 3 del bando si legge infatti espressamente che "L'accertamento dell'insussistenza dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara comporterà l'annullamento della aggiudicazione provvisoria e l'affidamento del concorrente che segue in graduatoria" e poiché tra i requisiti richiesti per la partecipazione era espressamente indicato a p. 1 anche il possesso della certificazione UNI EN ISO 9001/2000, la carenza di tale certificazione di qualità giammai avrebbe potuto

comportare l'aggiudicazione in favore della ricorrente che pertanto è stata legittimamente esclusa.

Del resto anche a voler prescindere dalla mancata impugnazione della rettifica del bando disposta nelle more dell'espletamento della gara, che si trattasse di mero errore materiale risulta evidente dal fatto che è dato di comune esperienza l'inesistenza di certificazioni di qualità della serie "2000" (2000, 2001, 2002) riferibili all'anno 2000 sicchè l'indicazione nel bando della tipologia di certificazione "EN ISO 2001" non poteva che riferirsi alla serie "9000" e quindi alla EN ISO 9001 aggiornata all'anno 2000, di cui la ricorrente non era pacificamente in possesso, disponendo della certificazione EN ISO 9002/1994, anche se in corso di aggiornamento alla certificazione EN ISO 9001/2000.

Da quanto precede emerge al contempo che nessun affidamento incolpevole, meritevole di tutela, poteva configurarsi nel caso di specie in presenza dell'errore materiale in cui era incorsa la stazione appaltante, trattandosi, per l'appunto, di errore riconoscibile secondo l'ordinaria diligenza.

Il fatto poi che il bando si sia limitato a richiedere la certificazione EN ISO 9001/2000 senza possibilità di dare la prova del possesso di certificazioni equipollenti, come prescritto dalla normativa comunitaria in tema richiamata dalla deducente, non vale a rendere illegittima la contestata esclusione in quanto a tal fine sarebbe stata necessaria la tempestiva impugnazione del bando nella parte in cui ha fatto rigorosa applicazione di un criterio meramente formalistico ancorato al possesso di una specifica e determinata certificazione di qualità; né, del pari, per le stesse ragioni può ritenersi in qualche modo censurabile la mancata considerazione dei codici di accreditamento poiché anche in questo caso il seggio di gara si è limitato, come era suo dovere, a dare puntuale applicazione alle previsioni della *lex specialis*, non impugnatate sul punto, che nessuna rilevanza attribuivano al possesso di tali codici né ai fini della partecipazione e neppure ai fini dell'attribuzione del punteggio.

Né in senso contrario è utile prospettare la tesi della prevalenza della disciplina in tema contenuta nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici atteso che le previsioni dei bandi di gara anche ove in contrasto con norme di fonte comunitaria non sono suscettibili, come noto, di disapplicazione ma seguono il regime dell'impugnativa entro il termine di decadenza.

Quanto al settimo motivo di censura nessuna disparità di trattamento è configurabile nel caso di specie atteso che la ricorrente è stata esclusa per l'accertato mancato possesso di una certificazione (UNI EN ISO 9001/2000) prodotta invece dalla aggiudicataria.

Ne discende, in conclusione, che l'esclusione della ricorrente deve ritenersi legittimamente disposta.

Con atto di motivi aggiunti notificato in data 27 aprile e 5 maggio 2004, la società ricorrente ha contestato anche la mancata esclusione della aggiudicataria dalla gara per avere omesso di rendere la dichiarazione circa l'esistenza di una condanna penale per reato incidente sulla moralità professionale e comprovante al contempo il mancato possesso del requisito della regolarità contributiva.

Con successivo atto di motivi aggiunti ha altresì impugnato la determina n. 61 del 25 settembre 2004 con cui la stazione appaltante, in esito a procedimento in autotutela attivato per la revoca della aggiudicazione provvisoria ed occasionato dalla accertata esistenza della predetta condanna penale a carico del legale rappresentante della BETA Food s.r.l., disponeva la aggiudicazione definitiva in favore di quest'ultima.

Quanto alla eccezione di tardività sollevata dalla difesa del Comune intimato con riferimento al primo atto di motivi aggiunti, per essere stato notificato successivamente al decorso del termine dimidiato di 30 giorni ex art. 23 della legge 1034 del 1971, osserva il collegio che è tuttora controverso in giurisprudenza se la regola del dimezzamento dei termini processuali si applichi o meno anche al termine di notifica dei motivi aggiunti il che induce a ritenere sussistenti i presupposti per la concessione del beneficio dell'errore scusabile. In ogni caso i predetti motivi di doglianza sono stati puntualmente e tempestivamente riproposti con i motivi aggiunti fatti valere avverso la determina n. 61 del 25.9.2004 sicchè deve rilevarsi sul punto anche una sostanziale carenza di interesse all'eccezione.

Deve ancora evidenziarsi in punto di interesse che nel caso di specie le imprese rimaste in gara erano solo due (cfr. verbale del 3.1.2004 sub doc. 1 in fascicolo ricorrente) sicchè nonostante l'accertata legittimità dell'esclusione disposta a carico della ricorrente quest'ultima ha comunque interesse a far valere, del pari, la mancata esclusione della aggiudicataria, a tutela del suo interesse strumentale al rifacimento integrale della gara, secondo principi di comune acquisizione e di recente ribaditi anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Nel merito il motivo di doglianza è fondato.

E' pacifico infatti che il legale rappresentante della BETA Food s.r.l. ha riportato una condanna per il reato di omesso versamento di ritenute previdenziali ed assistenziali, aggravato dalla recidiva, non estinto e non fatto oggetto di riabilitazione alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

E' altrettanto pacifico che l'esistenza di tale condanna non è stata dichiarata nonostante il bando prescrivesse espressamente l'obbligo per il legale rappresentante di dichiarare "le eventuali condanne penali riportate".

Ora, l'omessa dichiarazione dell'esistenza di condanne penali, soprattutto ove richiesta espressamente dal bando di gara, come nel caso di specie, si configura come causa autonoma di esclusione dalla gara, secondo l'orientamento allo stato di gran lunga dominante nella giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, V, 6 dicembre 2007, n. 6221; Cons. Stato, V, 12 aprile 2007, n. 1723 e giurisprudenza ivi richiamata nonché TAR Lombardia, Milano, I, 15 settembre 2008, n. 4062 e TAR Lazio Roma, III, 28 luglio 2004, n. 7484), sicchè, una volta accertata l'esistenza di una falsa dichiarazione circa il possesso di un requisito di partecipazione (assenza di condanne penali), la società avrebbe dovuto essere esclusa e, in ogni caso, l'aggiudicazione provvisoria avrebbe dovuto essere annullata in autotutela.

Stante il carattere dirimente del motivo che precede, ogni ulteriore doglianza può ritenersi pertanto assorbita.

Accertata l'illegittimità della determina n. 61 del 25.9.2004 con cui è stata disposta l'aggiudicazione in via definitiva della gara in favore della odierna controinteressata (che avrebbe invece dovuto essere esclusa per le ragioni esposte), deve quindi passarsi all'esame della domanda di risarcimento del danno.

L'intervenuta (non controversa) integrale esecuzione dell'appalto non consente di prendere in esame la domanda risarcitoria in forma specifica sicchè occorre esaminare la domanda proposta in via subordinata di condanna al risarcimento del danno per equivalente. Quanto all'eventus damni occorre evidenziare che l'accertata illegittimità dell'aggiudicazione per profili inerenti i requisiti di partecipazione alla gara non consente di formulare alcun giudizio prognostico favorevole circa la spettanza del bene della vita in favore della società ricorrente.

In definitiva non è possibile nel caso di specie affermare che l'esecuzione dell'appalto sarebbe spettata con ragionevole probabilità alla società ricorrente in quanto i motivi che hanno condotto all'accoglimento parziale del ricorso si risolvono nell'accertamento che la gara avrebbe dovuto andare deserta ma non conducono ad una diversa individuazione del vincitore, secondo l'ordine della graduatoria, cui attribuire il bene della vita.

Ciò non di meno deve ancora osservarsi che l'intervenuta esecuzione dell'appalto, derivante in via diretta ed immediata dall'illegittimo provvedimento di aggiudicazione, preclude, nel caso di specie, alla società ricorrente persino la possibilità di poter beneficiare di quell'utilità strumentale rappresentata dal

rifacimento della gara e dalle connesse chance di vittoria. Il danno patito dalla ricorrente si configura pertanto come danno da perdita di chance e cioè come pregiudizio consistente nella perdita della possibilità di poter partecipare utilmente ad una gara regolarmente condotta secondo i principi normativi e giurisprudenziali regolatori della materia, in quanto quella per cui è causa, sebbene illegittimamente aggiudicata, non è più suscettibile di rinnovazione stante l'intervenuta integrale esecuzione dell'appalto.

Né in senso contrario può opporsi che la società ricorrente non avrebbe comunque potuto partecipare alla nuova gara essendo in possesso di certificazione UNI EN ISO 9002/1994 destinata a perdere definitivamente efficacia alla data del 15.12.2003 (cfr. doc. 15 in fascicolo ricorrente), atteso che l'esponente aveva attivato tempestivamente la pratica di adeguamento della predetta certificazione alla sopravvenuta norma UNI EN ISO 9001/2000 sicchè ai sensi dell'art. 14, comma 4 2° cpv. del d. lgs. 157 del 1995 vi era l'obbligo di considerare validi ed efficaci anche i certificati in fase di rinnovo.

Quanto all'elemento soggettivo può osservarsi che la gravità della violazione in cui è incorsa la stazione appaltante (che attiene a principi costantemente e reiteratamente affermati in giurisprudenza) costituisce indizio grave, preciso e concordante della condotta colposa posta in essere che non trova, a sua volta, giustificazione nelle fattispecie di errore scusabile tipizzate dalla giurisprudenza (oscurità del dato normativo; presenza di orientamenti giurisprudenziali discordanti; novità o complessità della fattispecie).

La chance che si assume lesa, in presenza di appena tre società concorrenti e tenuto conto della percentuale di ribasso che l'esponente è stata in grado di offrire (la più elevata, pari al 26%), deve infine ritenersi di intensità e concretezza tale da giustificare un equo ristoro patrimoniale che, in considerazione del prezzo presunto della fornitura, stimato dalla stazione appaltante in euro 170.000,00, può essere equitativamente liquidato in euro 8.500,00, pari a circa il 5% del predetto importo, somma da intendersi già comprensiva di interessi e rivalutazione monetaria maturati nel periodo intercorrente tra la data di commissione dell'illecito e quella di deposito della sentenza. Sulla predetta somma dovranno altresì essere computati gli interessi di mora dalla data del deposito della sentenza sino al saldo.

Ne consegue che anche la domanda risarcitoria dev'essere accolta nei termini che precedono.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale dell'Abruzzo, Sezione Staccata di Pescara, definitivamente pronunciando, così provvede:

-accoglie, in parte, il ricorso e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione;

-accoglie la domanda risarcitoria ai sensi di cui in motivazione;

- condanna il Comune di Lettomanopello e la Società BETA Food s.r.l. in solido tra loro alla rifusione in favore della ricorrente delle spese di giudizio che si liquidano complessivamente in euro 4.000,00 di cui euro 2.000,00 per onorari, euro 1.500,00 per diritti ed euro 500,00 per spese, oltre IVA, CAP e spese generali come per legge.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 05/03/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Michele Eliantonio, Consigliere

Luca Monteferrante, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 118 del 2004, proposto da C. Pamela, in qualità di amministratore unico e legale rappresentante della società ALFA s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Lorella Scelli ed Andrea Rosati, con domicilio eletto presso Lorella Scelli in Pescara, via Milano 10;

contro

Comune di Lettomanoppello, rappresentato e difeso dall'avv. Giulio Cerceo presso il cui studio in Pescara, via G. D'Annunzio, 142 elegge domicilio;

nei confronti di

BETA Food S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Manuel De Monte, Marcello Russo, con domicilio eletto presso Marcello Russo in Pescara, corso Vittorio Emanuele N. 10;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, del provvedimento del 3 gennaio 2004 con cui il Comune di Lettomanoppello ha disposto l'esclusione della società ricorrente dal procedimento di gara per pubblico incanto indetto con avviso del 4.12.2003 e conclusosi con graduatoria di aggiudicazione del 3 gennaio 2004 nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali al medesimo ed in particolare dell'atto di aggiudicazione definitiva dell'appalto adottato con determinazione n. 61 del 25.9.2004.

Visto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lettomanoppello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società BETA Food s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 05/03/2009 il dott. Luca Monteferrante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La società ALFA s.r.l., premesso di aver partecipato alla gara per pubblico incanto indetta dal Comune di Lettomanoppello per la fornitura, dal 1.1.2004 al 30.6.2006, del servizio di refezione scolastica per gli alunni della scuola materna, elementare e media, da aggiudicare con il criterio del maggior ribasso, con ricorso ritualmente e tempestivamente notificato ha impugnato il provvedimento del 3 gennaio 2004 con cui la stazione appaltante ne ha decretato l'esclusione avendo riscontrato l'invio di una certificazione di qualità, UNI EN ISO 9002/1994, diversa da quella richiesta dal bando, indicata nella certificazione "EN ISO 2001 (2000)", quest'ultima successivamente rettificata in corso di gara, a motivo di un errore materiale, in "UNI EN ISO 9001/2000".

A fondamento del ricorso ha dedotto i seguenti motivi di censura:

1. Violazione dell'art. 3 della legge 241 del 1990 per difetto di motivazione e carenza di istruttoria.

L'amministrazione aggiudicatrice, anziché limitarsi alla verifica del possesso di una generica certificazione (nella specie UNI EN ISO 9001/2000), avrebbe dovuto accertare anche il possesso di un codice di accreditamento appropriato che l'esponente assume di possedere, a differenza dalla aggiudicataria, indicandolo nel codice 30, specifico per "Alberghi, ristoranti e bar" e cioè proprio per la tipologia di attività oggetto della gara.

2. Violazione di legge per erronea e falsa applicazione dell'art. 14 del d.lgs. 157 del 17.3.1995.

L'amministrazione aggiudicatrice non avrebbe potuto escludere l'esponente a ciò ostandovi il principio comunitario di equipollenza dei certificati di garanzia, anche in considerazione del fatto che pur essendo in possesso della previgente certificazione UNI EN ISO 9002/1994, l'esponente, in data anteriore alla correzione del bando, aveva già avviato la procedura di aggiornamento alla normativa UNI EN ISO 9001/2000, senza peraltro che il bando ne prevedesse il possesso a pena di esclusione.

3. Violazione dell'art. 36, comma 1, della direttiva CE 50/92 del 18.6.1992.

La scelta di procedere all'aggiudicazione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa attribuirebbe alla stazione appaltante un ampio potere discrezionale di valutazione mentre nel caso di specie la commissione avrebbe optato per un criterio meramente cartolare senza verificare in concreto la rispondenza delle certificazioni possedute dalle imprese partecipanti alle esigenze del servizio da erogare; secondo tale prospettazione l'omessa valutazione della certificazione ISO 9002/1994 (posseduta dalla esponente), comunque appartenente alla serie "9000", dovrebbe ritenersi illegittima.

4. Violazione dell'art. 1, comma 2 della legge n. 241 del 1990 per aggravamento del procedimento amministrativo.

La rilevata carenza di istruttoria si sarebbe altresì tradotta in un aggravamento del procedimento avendo costretto l'esponente a formulare un'istanza di riesame per denunciare le predette illegittimità.

5. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica. Eccesso di potere per illogicità manifesta del provvedimento di esclusione.

L'errore in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante nell'indicazione della certificazione di qualità richiesta dal bando avrebbe comunque dovuto fare salvo l'affidamento incolpevole ingenerato nelle imprese partecipanti alla gara sicché il Comune si sarebbe dovuto determinare ad esaminare le certificazioni di qualità comunque presentate anche se non corrispondenti a quella indicata dal bando, come successivamente rettificato, ma a quella sostanzialmente equivalenti, tanto più che nel caso di specie le garanzie di accreditamento offerte dalla esponente avrebbero consentito di meglio soddisfare le esigenze del servizio.

6. Vizio di merito per violazione dei principi di buona amministrazione ed economicità ex art. 97 Cost..

L'ambiguità del bando di gara avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante ad applicare il principio del favor participationis procedendo ad una analisi sostanziale e non meramente formale delle garanzie di accreditamento offerte dalle imprese partecipanti.

7. Eccesso di potere per disparità di trattamento.

La mancata selezione di un concorrente dotato di titoli preferenziali potiori integrerebbe, a dire dell'esponente, un'ipotesi di disparità di trattamento.

Con atto di motivi aggiunti notificati in data 27 aprile e 5 maggio 2004, la società ricorrente ha contestato la mancata esclusione della aggiudicataria dalla gara, deducendo i seguenti ulteriori motivi di doglianza:

8. Violazione dell'art. 12, comma 1, lett. b) ed f) del d. lgs. 157/1995.

L'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per avere il legale rappresentante riportato una condanna per reato incidente sulla moralità professionale (omesso versamento di ritenute previdenziali ed assistenziali, aggravato dalla recidiva, non estinto e non fatto oggetto di riabilitazione), peraltro non dichiarata in sede di partecipazione alla gara, come invece era suo obbligo pena l'esclusione; ciò tanto più se si considera che anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, con le determinazioni n. 13 del 15.7.2003 e n. 56 del 13.12.2000, aveva precisato che i reati contro il patrimonio influiscono sulla affidabilità morale e professionale dei concorrenti ed inoltre che la regolarità contributiva è condizione di partecipazione alle gare pubbliche, richiesta anch'essa a pena di esclusione. Tale condotta posta in essere dalla stazione appaltante configurerebbe altresì un comportamento discriminatorio nei confronti dell'esponente in quanto esclusa pur in assenza di condizioni ostative alla partecipazione presenti invece in capo alla aggiudicataria.

Con ulteriore atto di motivi aggiunti notificato in data 8 e 9 novembre 2004 la ricorrente impugnava la determinazione n. 61 del 25 settembre 2004 con cui la stazione appaltante, in esito a procedimento in autotutela attivato per la revoca della aggiudicazione provvisoria ed occasionato dalla accertata esistenza della predetta condanna penale a carico del legale rappresentante della BETA Food s.r.l., disponeva la aggiudicazione definitiva in favore di quest'ultima; avverso tale atto l'esponente ha sostanzialmente riproposto i motivi di doglianza già fatti valere con il ricorso introduttivo e con il primo atto di motivi aggiunti, ulteriormente sviluppati ed argomentati, lamentando al contempo l'aggravamento dell'iter procedimentale. Ha altresì formulato istanza di risarcimento del danno.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Lettomanoppello e la controinteressata BETA Food s.r.l. per contestare la fondatezza delle censure ex adverso fatte valere, concludendo per la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti.

Con ordinanza n. 91 del 25 marzo 2004 è stata respinta la domanda incidentale di sospensiva del provvedimento di esclusione della esponente dalla gara.

Tutte le parti hanno depositato memorie conclusionali in vista della pubblica udienza del 5 marzo 2009 in cui la causa è stata trattenuta in decisione.

I motivi di censura articolati avverso l'esclusione della società ALFA s.r.l. dalla gara, che per la loro intima connessione possono essere esaminati unitariamente, sono infondati.

Preliminarmente deve evidenziarsi che la ricorrente non ha specificamente contestato la circostanza che la stazione appaltante abbia successivamente provveduto a rettificare la dicitura del bando "ISO 2001/2000" con quella "ISO 9001/2000", tant'è vero che non ha impugnato il telegramma del 31.12.2003 con cui le si dava notizia dell'avvenuta rettifica. Né a tal fine può reputarsi sufficiente il generico riferimento alla impugnazione degli atti presupposti, secondo il costante insegnamento giurisprudenziale, atteso che al fine di una corretta individuazione del petitum è onere della parte indicare in modo specifico e circostanziato gli atti ed i provvedimenti oggetto di gravame.

Ora, poiché il possesso dei requisiti richiesti ai fini della partecipazione era previsto a pena di esclusione, la stazione appaltante, preso atto della mancata produzione della certificazione UNI EN ISO 9001/2000, non poteva che disporre l'esclusione dell'esponente.

In tal senso a p. 3 del bando si legge infatti espressamente che "L'accertamento dell'insussistenza dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara comporterà l'annullamento della aggiudicazione provvisoria e l'affidamento del concorrente che segue in graduatoria" e poiché tra i requisiti richiesti per la partecipazione era espressamente indicato a p. 1 anche il possesso della certificazione UNI EN ISO 9001/2000, la carenza di tale certificazione di qualità giammai avrebbe potuto comportare l'aggiudicazione in favore della ricorrente che pertanto è stata legittimamente esclusa.

Del resto anche a voler prescindere dalla mancata impugnazione della rettifica del bando disposta nelle more dell'espletamento della gara, che si trattasse di mero errore materiale risulta evidente dal fatto che è dato di comune esperienza l'inesistenza di certificazioni di qualità della serie "2000" (2000, 2001, 2002) riferibili all'anno 2000 sicchè l'indicazione nel bando della tipologia di

certificazione “EN ISO 2001” non poteva che riferirsi alla serie “9000” e quindi alla EN ISO 9001 aggiornata all’anno 2000, di cui la ricorrente non era pacificamente in possesso, disponendo della certificazione EN ISO 9002/1994, anche se in corso di aggiornamento alla certificazione EN ISO 9001/2000.

Da quanto precede emerge al contempo che nessun affidamento incolpevole, meritevole di tutela, poteva configurarsi nel caso di specie in presenza dell’errore materiale in cui era incorsa la stazione appaltante, trattandosi, per l’appunto, di errore riconoscibile secondo l’ordinaria diligenza.

Il fatto poi che il bando si sia limitato a richiedere la certificazione EN ISO 9001/2000 senza possibilità di dare la prova del possesso di certificazioni equipollenti, come prescritto dalla normativa comunitaria in tema richiamata dalla deducente, non vale a rendere illegittima la contestata esclusione in quanto a tal fine sarebbe stata necessaria la tempestiva impugnazione del bando nella parte in cui ha fatto rigorosa applicazione di un criterio meramente formalistico ancorato al possesso di una specifica e determinata certificazione di qualità; né, del pari, per le stesse ragioni può ritenersi in qualche modo censurabile la mancata considerazione dei codici di accreditamento poiché anche in questo caso il seggio di gara si è limitato, come era suo dovere, a dare puntuale applicazione alle previsioni della *lex specialis*, non impugnatate sul punto, che nessuna rilevanza attribuivano al possesso di tali codici né ai fini della partecipazione e neppure ai fini dell’attribuzione del punteggio.

Né in senso contrario è utile prospettare la tesi della prevalenza della disciplina in tema contenuta nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici atteso che le previsioni dei bandi di gara anche ove in contrasto con norme di fonte comunitaria non sono suscettibili, come noto, di disapplicazione ma seguono il regime dell’impugnativa entro il termine di decadenza.

Quanto al settimo motivo di censura nessuna disparità di trattamento è configurabile nel caso di specie atteso che la ricorrente è stata esclusa per l’accertato mancato possesso di una certificazione (UNI EN ISO 9001/2000) prodotta invece dalla aggiudicataria.

Ne discende, in conclusione, che l’esclusione della ricorrente deve ritenersi legittimamente disposta.

Con atto di motivi aggiunti notificato in data 27 aprile e 5 maggio 2004, la società ricorrente ha contestato anche la mancata esclusione della aggiudicataria dalla gara per avere omesso di rendere la dichiarazione circa l’esistenza di una condanna penale per reato incidente sulla moralità professionale e comprovante al contempo il mancato possesso del requisito della regolarità contributiva.

Con successivo atto di motivi aggiunti ha altresì impugnato la determina n. 61 del 25 settembre 2004 con cui la stazione appaltante, in esito a procedimento in autotutela attivato per la revoca della aggiudicazione provvisoria ed occasionato dalla accertata esistenza della predetta condanna penale a carico del legale rappresentante della BETA Food s.r.l., disponeva la aggiudicazione definitiva in favore di quest'ultima.

Quanto alla eccezione di tardività sollevata dalla difesa del Comune intimato con riferimento al primo atto di motivi aggiunti, per essere stato notificato successivamente al decorso del termine dimidiato di 30 giorni ex art. 23 della legge 1034 del 1971, osserva il collegio che è tuttora controverso in giurisprudenza se la regola del dimezzamento dei termini processuali si applichi o meno anche al termine di notifica dei motivi aggiunti il che induce a ritenere sussistenti i presupposti per la concessione del beneficio dell'errore scusabile. In ogni caso i predetti motivi di doglianza sono stati puntualmente e tempestivamente riproposti con i motivi aggiunti fatti valere avverso la determina n. 61 del 25.9.2004 sicchè deve rilevarsi sul punto anche una sostanziale carenza di interesse all'eccezione.

Deve ancora evidenziarsi in punto di interesse che nel caso di specie le imprese rimaste in gara erano solo due (cfr. verbale del 3.1.2004 sub doc. 1 in fascicolo ricorrente) sicchè nonostante l'accertata legittimità dell'esclusione disposta a carico della ricorrente quest'ultima ha comunque interesse a far valere, del pari, la mancata esclusione della aggiudicataria, a tutela del suo interesse strumentale al rifacimento integrale della gara, secondo principi di comune acquisizione e di recente ribaditi anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Nel merito il motivo di doglianza è fondato.

E' pacifico infatti che il legale rappresentante della BETA Food s.r.l. ha riportato una condanna per il reato di omesso versamento di ritenute previdenziali ed assistenziali, aggravato dalla recidiva, non estinto e non fatto oggetto di riabilitazione alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

E' altrettanto pacifico che l'esistenza di tale condanna non è stata dichiarata nonostante il bando prescrivesse espressamente l'obbligo per il legale rappresentante di dichiarare "le eventuali condanne penali riportate".

Ora, l'omessa dichiarazione dell'esistenza di condanne penali, soprattutto ove richiesta espressamente dal bando di gara, come nel caso di specie, si configura come causa autonoma di esclusione dalla gara, secondo l'orientamento allo stato di gran lunga dominante nella giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, V, 6 dicembre 2007, n. 6221; Cons. Stato, V, 12 aprile 2007, n. 1723 e giurisprudenza

ivi richiamata nonché TAR Lombardia, Milano, I, 15 settembre 2008, n. 4062 e TAR Lazio Roma, III, 28 luglio 2004, n. 7484), sicchè, una volta accertata l'esistenza di una falsa dichiarazione circa il possesso di un requisito di partecipazione (assenza di condanne penali), la società avrebbe dovuto essere esclusa e, in ogni caso, l'aggiudicazione provvisoria avrebbe dovuto essere annullata in autotutela.

Stante il carattere dirimente del motivo che precede, ogni ulteriore doglianza può ritenersi pertanto assorbita.

Accertata l'illegittimità della determina n. 61 del 25.9.2004 con cui è stata disposta l'aggiudicazione in via definitiva della gara in favore della odierna controinteressata (che avrebbe invece dovuto essere esclusa per le ragioni esposte), deve quindi passarsi all'esame della domanda di risarcimento del danno.

L'intervenuta (non controversa) integrale esecuzione dell'appalto non consente di prendere in esame la domanda risarcitoria in forma specifica sicchè occorre esaminare la domanda proposta in via subordinata di condanna al risarcimento del danno per equivalente. Quanto all'eventus damni occorre evidenziare che l'accertata illegittimità dell'aggiudicazione per profili inerenti i requisiti di partecipazione alla gara non consente di formulare alcun giudizio prognostico favorevole circa la spettanza del bene della vita in favore della società ricorrente.

In definitiva non è possibile nel caso di specie affermare che l'esecuzione dell'appalto sarebbe spettata con ragionevole probabilità alla società ricorrente in quanto i motivi che hanno condotto all'accoglimento parziale del ricorso si risolvono nell'accertamento che la gara avrebbe dovuto andare deserta ma non conducono ad una diversa individuazione del vincitore, secondo l'ordine della graduatoria, cui attribuire il bene della vita.

Ciò non di meno deve ancora osservarsi che l'intervenuta esecuzione dell'appalto, derivante in via diretta ed immediata dall'illegittimo provvedimento di aggiudicazione, preclude, nel caso di specie, alla società ricorrente persino la possibilità di poter beneficiare di quell'utilità strumentale rappresentata dal rifacimento della gara e dalle connesse chance di vittoria. Il danno patito dalla ricorrente si configura pertanto come danno da perdita di chance e cioè come pregiudizio consistente nella perdita della possibilità di poter partecipare utilmente ad una gara regolarmente condotta secondo i principi normativi e giurisprudenziali regolatori della materia, in quanto quella per cui è causa, sebbene illegittimamente aggiudicata, non è più suscettibile di rinnovazione stante l'intervenuta integrale esecuzione dell'appalto.

Né in senso contrario può opporsi che la società ricorrente non avrebbe comunque potuto partecipare alla nuova gara essendo in possesso di certificazione UNI EN ISO 9002/1994 destinata a perdere definitivamente efficacia alla data del 15.12.2003 (cfr. doc. 15 in fascicolo ricorrente), atteso che l'esponente aveva attivato tempestivamente la pratica di adeguamento della predetta certificazione alla sopravvenuta norma UNI EN ISO 9001/2000 sicchè ai sensi dell'art. 14, comma 4 2° cpv. del d. lgs. 157 del 1995 vi era l'obbligo di considerare validi ed efficaci anche i certificati in fase di rinnovo.

Quanto all'elemento soggettivo può osservarsi che la gravità della violazione in cui è incorsa la stazione appaltante (che attiene a principi costantemente e reiteratamente affermati in giurisprudenza) costituisce indizio grave, preciso e concordante della condotta colposa posta in essere che non trova, a sua volta, giustificazione nelle fattispecie di errore scusabile tipizzate dalla giurisprudenza (oscurità del dato normativo; presenza di orientamenti giurisprudenziali discordanti; novità o complessità della fattispecie).

La chance che si assume lesa, in presenza di appena tre società concorrenti e tenuto conto della percentuale di ribasso che l'esponente è stata in grado di offrire (la più elevata, pari al 26%), deve infine ritenersi di intensità e concretezza tale da giustificare un equo ristoro patrimoniale che, in considerazione del prezzo presunto della fornitura, stimato dalla stazione appaltante in euro 170.000,00, può essere equitativamente liquidato in euro 8.500,00, pari a circa il 5% del predetto importo, somma da intendersi già comprensiva di interessi e rivalutazione monetaria maturati nel periodo intercorrente tra la data di commissione dell'illecito e quella di deposito della sentenza. Sulla predetta somma dovranno altresì essere computati gli interessi di mora dalla data del deposito della sentenza sino al saldo.

Ne consegue che anche la domanda risarcitoria dev'essere accolta nei termini che precedono.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale dell'Abruzzo, Sezione Staccata di Pescara, definitivamente pronunciando, così provvede:

- accoglie, in parte, il ricorso e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione;
- accoglie la domanda risarcitoria ai sensi di cui in motivazione;

- condanna il Comune di Lettomanopello e la Società BETA Food s.r.l. in solido tra loro alla rifusione in favore della ricorrente delle spese di giudizio che si liquidano complessivamente in euro 4.000,00 di cui euro 2.000,00 per onorari, euro 1.500,00 per diritti ed euro 500,00 per spese, oltre IVA, CAP e spese generali come per legge.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 05/03/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Michele Eliantonio, Consigliere

Luca Monteferrante, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO