

L'annullamento degli atti gravati e di quelli consequenziali implica la reintegrazione in forma specifica della sfera giudica dell'appellante per il periodo del servizio oggetto di gara ancora non decorso

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Deve invece essere respinta la domanda risarcitoria relativa a danno da mancata erogazione del servizio per i periodi già spirati

Ciò in quanto l'opinabilità della questione concernente l'interpretazione della clausola della lex specialis relativa ai requisiti tecnici, opinabilità testimoniata anche dagli alterni esiti giudiziari, consente di concludere per la scusabilità dell'errore commesso dall'amministrazione e per la conseguente assenza del requisito soggettivo della colpa.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 7226 del 30 settembre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 07226/2010 REG.SEN.

N. 00392/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 392 del 2010, proposto da:

Ricorrente S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. ***** , ***** , con domicilio eletto presso ***** in Roma, viale G. Marconi, 57;

contro

Comune di Bolzano, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. ***** , ***** , con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Flaminia,79;

nei confronti di

Controinteressata Travel Agency S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - SEZIONE AUTONOMA DELLA PROVINCIA DI BOLZANO n. 00308/2009, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.R.G.A. - SEZIONE AUTONOMA DELLA PROVINCIA DI BOLZANO n. 00308/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO SOGGIORNI MARINI PER ANZIANI AUTOSUFFICIENTI - MCP..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Bolzano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati *****, su delega dell' avv. Di *****, e *****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione di Giunta n. 1032 del 2.12.2008 il Comune di Bolzano deliberava di indire una gara con procedura aperta (art. 55, comma 5 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso (art. 82, comma 2, del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), avente ad oggetto l'affidamento, ripartito in tre lotti, del "servizio soggiorni marini, termali e montani per anziani autosufficienti" per il periodo dall'1.4.2009 al 31.12.2011.

L'importo a base di gara veniva stabilito in Euro 1.273.200,00 oltre IVA.

Alla gara partecipavano Ricorrente S.r.l. e la Controinteressata Travel Agency S.r.l , che presentavano le

rispettive offerte unicamente per il 2° lotto, riguardante i soggiorni marini.

Al termine delle operazioni di gara, il servizio in argomento veniva aggiudicato alla Controinteressata Travel Agency, che aveva offerto un ribasso del 16,263 %, mentre la Ricorrente S.r.l., avendo offerto un ribasso dell'11,10%, si classificava al secondo posto.

Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso principale con cui Ricorrente S.r.l. aveva contestato l'ammissione alla gara della società aggiudicataria. Il Tribunale ha, invece, ritenuto infondato il ricorso per motivi aggiunti con cui Ricorrente era insorta avverso la nota prot. n. 50430 del 16 giugno 2009 con la quale il Comune di Bolzano aveva comunicato l'esito negativo della verifica della dichiarazione concernente il possesso del requisito minimo di capacità tecnica di cui all'art. 7, punto 1, lett. L, del capitolato, reputando non suscettibile di valutazione il servizio svolto per conto dell'IPOST nel periodo compreso tra il 31 maggio 2008 ed il 31 settembre 2008. I Primi Giudici hanno pertanto reputato fondato il ricorso incidentale con il quale la società aggiudicataria aveva contestato l'originaria ammissione alla gara della ricorrente principale stigmatizzando proprio il profilo del mancato possesso del requisito di capacità valorizzato a sostegno della citata nota n. 50430.

L'appellante ***** contesta gli argomenti posti a fondamento dei capi sfavorevoli della decisione gravata e reitera la domanda risarcitoria disattesa in primo grado.

Resiste il Comune di Bolzano.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 13 aprile 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il presente giudizio riguarda la gara indetta dal Comune di Bolzano, con procedura aperta, avente ad oggetto l'affidamento, ripartito in tre lotti, del "servizio soggiorni marini, termali e montani per anziani autosufficienti", per il periodo dall'1.4.2009 al 31.12.2011.

2. L'appellante contesta il capo della sentenza gravata con il quale i Primi Giudici hanno respinto il ricorso per motivi aggiunti proposto avverso la nota prot. n. 50430 del 16.6.2009 (e la precedente nota n. 40476 dell'8.5.2009) con la quale il Comune di Bolzano aveva comunicato l'esito negativo della verifica della dichiarazione riguardante il possesso del requisito minimo di capacità tecnica di cui all'art. 7, punto 1, lett. L) del capitolato.

Va puntualizzato, in punto di fatto, che l'art. 3 della lex specialis richiedeva il possesso del requisito dell'esecuzione, senza risoluzione in danno, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, di servizi analoghi per committenti pubblici o privati, per importo, IVA esclusa, di euro 430.000,00, per un singolo servizio, con l'indicazione dei committenti e del periodo di svolgimento.

Il successivo art. 7, punto 1, lett. l), richiedeva altresì la presentazione, da parte dei concorrenti, di una dichiarazione attestante l'esecuzione, senza risoluzione in danno, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, di un servizio per importo complessivo, IVA esclusa, di euro 430.000,00, con l'indicazione dei committenti, pubblici e privati e del periodo di svolgimento.

In sede di presentazione di tale dichiarazione Ricorrente ha specificato testualmente che "il singolo servizio è il seguente: IPOST (Istituto Postelegrafonici - viale Asia 37 - 00144 Roma) - Procedura aperta per l'aggiudicazione dei servizi connessi all'organizzazione e gestione di soggiorni marini e montani della

durata di una settimana, in favore di n. 1500 pensionati assistiti dall'Istituto Postelegrafonici, da effettuarsi per gruppi - nel periodo compreso tra il 31 maggio 2008 ed il 13 settembre 2008, con onere a totale carico dell'ente".

Va soggiunto, sempre in punto di fatto, che da apposita comunicazione effettuata dall' IPOST all' indirizzo della stazione appaltante si ricava che "l'effettiva fatturazione prodotta ad IPOST, calcolata sul numero dei pensionati che hanno effettivamente partecipato all'iniziativa con onere a carico di questo Ente, ammonta a complessivi Euro 348.860,40 al netto dell'IVA (non applicata ai sensi dell'art. 74 D.P.R. 633/1972)" (cfr. doc. n. 29 del Comune).

Ricorrente sostiene, peraltro, al suddetto importo andrebbe aggiunto l'importo di Euro 242.094,10 relativo ai servizi fatturati ai 976 accompagnatori dei pensionati.

Il Tribunale, facendo propria la tesi sostenuta dall'amministrazione con i provvedimenti gravati ed in sede processuale, ha osservato che l'importo relativo ai servizi resi nei confronti dei pensionati non sarebbe valutabile ai fini del calcolo dell'importo minimo previsto per la maturazione del requisito della capacità tecnica in quanto si tratta di servizi pagati direttamente dagli accompagnatori e gestiti in un rapporto economico - contrattuale diretto con la società ed esclusi quindi dalla fatturazione prodotta all'Ipost.

Di qui il difetto del requisito minimo di capacità tecnica riferito a "servizi analoghi" che, in base allo specifico oggetto della gara, non poteva che essere riferito ai soggiorni per anziani.

3. La Sezione reputa fondate le censure mosse dalla parte ricorrente nei confronti di tale capo della sentenza appellata.

Come si è osservato in precedenza, la normativa di gara richiedeva il possesso del requisito

dell'esecuzione, senza risoluzione in danno, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, di servizi analoghi per committenti pubblici o privati.

Il Collegio osserva che per servizio analogo si debba intendere, in senso estensivo, non solo la prestazione direttamente resa in favore dell'anziano dipendente ma anche quella, alla prima affine sul piano qualitativo e strumentale sul versante teleologico, effettuata a beneficio del relativo accompagnatore.

A sostegno dell'assunto depone, in particolare, la circostanza che la disciplina relativa alla gara indetta dall'IPOST considerava l'erogazione di tali prestazioni di carattere obbligatorio, con la conseguenza che la relativa esecuzione, da parte dell'impresa aggiudicataria, costituiva un obbligo assunto nei confronti del committente pubblico nell'ambito di un servizio inscindibilmente unitario (cfr. art. 4 del disciplinare IPOST), senza che rilevi in senso contrario la circostanza che il compenso sia corrisposto direttamente dall'accompagnatore a seguito dell'instaurazione di un autonomo rapporto contrattuale al quale è formalmente estranea la stazione appaltante.

Va soggiunto, poi, che il profilo qualitativo dell'omogeneità della prestazione erogata in favore degli accompagnatori rispetto a quella effettuata all'indirizzo dei beneficiari diretti della procedura (sistemazione in camera doppia e trattamento di pensione completa), soddisfa la ratio di verifica dell'esperienza e dell'affidabilità a cui presiede la disciplina, che qui viene in gioco, del controllo dei requisiti tecnici, mentre rispetto a tali esigenze sostanziali risulta non conferente la circostanza formale della diretta regolazione dei rapporti economici tra la società aggiudicataria e gli accompagnatori.

Va infine soggiunto che le note impugnate, limitandosi ad un'affermazione incidentale priva di portata decisoria, non recano una contestazione puntuale dell'idoneità della documentazione prodotta al fine di dimostrare il raggiungimento dell'importo necessario con il computo dei servizi resi in favore degli

accompagnatori.

4. In accoglimento di tale motivo di appello, deve essere quindi accolto il ricorso per motivi aggiunti proposto in primo grado e respinto il ricorso incidentale presentato dall'aggiudicataria. Ne consegue l'annullamento delle note che hanno disposto l'esclusione di Ricorrente s.r.l.

L'annullamento degli atti gravati e di quelli consequenziali implica la reintegrazione in forma specifica della sfera giudica dell'appellante per il periodo del servizio oggetto di gara ancora non decorso. Deve invece essere respinta la domanda risarcitoria relativa a danno da mancata erogazione del servizio per i periodi già spirati in quanto l'opinabilità della questione concernente l'interpretazione della clausola della lex specialis relativa ai requisiti tecnici, opinabilità testimoniata anche dagli alterni esiti giudiziari, consente di concludere per la scusabilità dell'errore commesso dall'amministrazione e per la conseguente assenza del requisito soggettivo della colpa.

5. Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Accoglie in parte l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso per motivi aggiunti proposto in primo grado da Ricorrente s.r.l., respinge il ricorso incidentale proposto in primo grado da ***** e, per gli effetti, annulla gli atti impugnati con il ricorso per motivi aggiunti.

Respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

***** , Presidente

***** , ***** , Estensore

***** , Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/09/2010

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

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/l-annullamento-degli-atti-gravati-e-di-quelli-consequenziali-implica-la-reintegrazione-in-forma-specifica-della-sfera-giudica-dell-appellante-per-il-periodo-del-servizio-oggetto-di-gara-ancora-non-dec/>