

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29907-e-legittima-la-dichiarazione-ex-art-38-del-d-lgs-n-163-2006-sottoscritta-dal-legale-rappresentante-di-una-ditta-partecipante-con-la-qua-questi-ha-atte-stato-l-insussistenza-di-cause-ostative-all>

Autore: Lazzini Sonia

E' legittima la dichiarazione ex art. 38 del D. Lgs. N. 163/2006, sottoscritta dal Legale rappresentante di una ditta partecipante, con la quale questi ha attestato l'insussistenza di cause ostative alla partecipazione anche con riferimento al legale rapp

Tar Lombardia, Milano, 30.06.2010 n. 2678

f' legittima la dichiarazione ex art. 38 del D. Lgs. N. 163/2006, sottoscritta dal legale rappresentante di una ditta partecipante, con la quale questi ha attestato l'insussistenza di cause ostative alla partecipazione anche con riferimento al legale rappresentate pro tempore ed al Direttore Tecnico,

La dichiarazione è conforme alla lex specialis di gara che prevedeva unicamente la compilazione e sottoscrizione di un modello nel quale dovevano essere specificati in nominativi dei soggetti titolari del potere di rappresentanza e, con riferimento ai medesimi, l'insussistenza di cause ostative alla partecipazione ex art. 38 del D. L.vo n. 163/2006, senza alcun ulteriore adempimento: ne deriva che nessuna dichiarazione personalmente resa doveva intendersi come necessitata ai fini della partecipazione alla gara.

Con il presente ricorso, l'Impresa Ricorrente, impugna gli atti della procedura di gara, indetta dall'Azienda Ospedaliera resistente per l'affidamento del servizio di ristorazione, all'esito della quale si è classificata al secondo posto (con punti 91,39/100) alle spalle dell'odierna controinteressata, aggiudicataria del servizio (con punti 95,92/100).

Con il ricorso introduttivo, parte ricorrente, eccepisce l'illegittimità della dichiarazione ex art. 38 del D. Lgs. N. 163/2006, sottoscritta dal Legale rappresentante di Controinteressata, Pietro N., con la quale questi ha attestato l'insussistenza di cause ostative alla partecipazione anche con riferimento al legale rappresentate pro tempore, Fabio C., ed al Direttore Tecnico, Giovanni S..

Rileva, altresì, come la dichiarata condanna a carico del Sig. C., fosse allegata in termini estremamente generici tanto da non consentire alla Stazione appaltante alcun giudizio in ordine alla gravità ed incidenza della medesima.

Quanto alla dichiarazione resa dal Procuratore speciale di Controinteressata, sulla quale si appuntano le censure formulate in sede di ricorso introduttivo, come prescritto al punto 18.8 del Capitolato speciale, il Sig. Pietro N. ha compilato e sottoscritto l'allegato "MODELLO ALFA" indicando i nominativi dei soggetti dotati di rappresentanza dell'impresa, dichiarando "che nei confronti della Ditta non ricorrono le condizioni indicate ex art. 38 D.L.vo 12.04.2006 n. 163 che dispone quanto segue...".

Con "Dichiarazione integrativa sulle cause di esclusione ha specificato ulteriormente che:

- "nei confronti del Direttore Tecnico Sig. Giovanni S. è stata pronunciata in data 04/06/04 sentenza del Tribunale di Torino di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 del codice di procedura penale, per il reato di lesioni personali colpose con irrogazione della pena pecuniaria di euro 200 (duecento) di multa. Il reato risulta ad oggi estinto ad ogni effetto penale essendo intervenuta dichiarazione di estinzione del reato ex art. 445, comma 2, del codice di procedura penale, con Ordinanza del Tribunale di Torino del 13.07.09";

- "nei confronti dell'ex Presidente del Consiglio di Amministrazione Roberto C. è stata pronunciata nell'anno 1994 sentenza ex art. 444 del codice di procedura penale per un reato che – ad oggi – risulta estinto ad ogni effetto penale ex art. 445, comma 2, del codice di procedura penale, come da ordinanza di estinzione pronunciata dal Tribunale di Milano il 12.01.2004".

La ricorrente contesta la legittimità della suddetta dichiarazione affermando come l'autocertificazione riferita a "fatti personali" non possa che essere resa dal solo soggetto interessato non essendo ammesse dichiarazioni riferite a soggetti diversi dal dichiarante.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

La censura è infondata.

La dichiarazione è conforme alla lex specialis di gara che prevedeva unicamente la compilazione e sottoscrizione di un modello nel quale dovevano essere specificati in nominativi dei soggetti titolari del

potere di rappresentanza e, con riferimento ai medesimi, l'insussistenza di cause ostative alla partecipazione ex art. 38 del D. L.vo n. 163/2006, senza alcun ulteriore adempimento.

Ne deriva che nessuna dichiarazione personalmente resa doveva intendersi come necessitata ai fini della partecipazione alla gara.

La sufficienza della dichiarazione resa dal Legale rappresentante della concorrente, anche per conto di soggetti terzi, costituisce principio già affermato da questo Tribunale (TAR Lombardia, Sez. I, 27 novembre 2009, n. 5200) che trova piena conferma anche nella più recente giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, Sez. III bis, 9 febbraio 2010, n. 1768).

Cfr TAR Lombardia, Sez. I, 27 novembre 2009, n. 5200:

Quanto alla domanda di annullamento del contratto stipulato tra il Comune e la controinteressata l'11.3.2009, deve ribadirsi – allo stato - sulla scorta dell'orientamento di Cass. SS.UU n. 27169/2007 in seguito ribadito da Cass. SS.UU. n.10433/2008 cui ha aderito anche il Consiglio di Stato con le Adunanze Plenarie n. 9 e 12/2008, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a pronunciarsi con efficacia di giudicato su tali profili, riservati invece alla giurisdizione del giudice ordinario – dinanzi al quale la domanda andrà riassunta entro tre mesi, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali a norma dell'art. 59 l. 69/2009 - in attesa del completo recepimento della direttiva 2007/CE/66 in forza delle delega al Governo racchiusa ora nell'art. 44 della l. 88/2009 (legge comunitaria per il 2008) il cui co. 3 lett. h) sembrerebbe devolvere allo stesso giudice che annulla l'aggiudicazione anche la cognizione delle questioni inerenti “la S. del contratto”.

Tutto questo per sottolineare come ben potesse il legale rappresentante, agendo a nome dell'ente, rendere tutte le dichiarazioni circa la moralità dei suoi amministratori e direttori tecnici

A fronte di tale evidenza documentale, deve essere chiaro come nessuna norma di legge (e neppure, nella fattispecie concreta in esame, nessuna clausola del bando di gara emanato dal Comune) imponga che la dichiarazione sui requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 sia resa personalmente, di proprio pugno, da ciascuno dei soggetti indicati alla lettera c), ovvero in caso di s.r.l., tanto dal legale rappresentante quanto dal direttore tecnico della società

E' vero piuttosto il contrario, nel senso della possibilità che uno solo dei soggetti “rilevanti” renda la dichiarazione relativamente ai requisiti (propri e) di tutti, possibilità che trova fondamento nell'art. 47 del d.p.r. 445/2000, peraltro espressamente richiamato nel bando di gara, a mente del quale “la dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza”

Il Comune di Vidigulfo ha bandito una procedura aperta, da aggiudicarsi al miglior ribasso su di una base d'asta di euro 78.500,00, per l'affidamento dei lavori di sistemazione di Piazza Italia. Alla gara hanno partecipato due sole imprese, l'odierna ricorrente e la controinteressata.

Nella seduta del 17.1.2009 la Commissione ha disposto l'esclusione della ricorrente, in ragione del fatto che il suo direttore tecnico non avesse personalmente dichiarato l'inesistenza di precedenti giudiziari.

Con la determina n. 4/2009 la procedura è stata quindi aggiudicata all'unica impresa rimasta in gara.

Avverso l'aggiudicazione e gli altri atti di gara ha presentato gravame l'Impresa ricorrente deducendone l'illegittimità, per violazione di legge ed eccesso di potere, sulla base di tre motivi:

con i primi due motivi censura, sotto vari profili, la tesi del Comune secondo cui la dichiarazione concernente i requisiti di moralità del direttore tecnico dovesse essere necessariamente resa dallo stesso direttore tecnico, a pena di esclusione, non essendo all'uopo sufficiente la dichiarazione del legale rappresentante

qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Con l'avvertenza che, nel caso di specie, il dichiarante era una persona giuridica (una s.r.l.) cui, secondo una formula enfatica risalente nel tempo, che però può in questo caso ancora servire alla comprensione, il legale rappresentante prestava la voce ed imputava gli effetti sulla base del rapporto organico; e per "interesse proprio" doveva intendersi quello dell'impresa collettiva ad essere ammessa a partecipare alla gara.

A fronte quindi una dichiarazione, completa ed esaustiva, resa dal legale rappresentante, di per sé sufficiente ad assolvere agli obblighi dichiarativi prescritti dall'art. 38 e ribaditi dal bando di gara, l'omissione in cui è incorso il direttore tecnico nella sua personale dichiarazione diventa irrilevante, potendo essere considerata come nulla più di una dimenticanza.

L'esclusione è pertanto illegittima, il che inficia anche i successivi atti della procedura.

Si è peraltro rilevato (anche da parte di questa Sezione con i precedenti 3227/2009, 3048 e 1370/2008 ai quali si fa sul punto, per economia processuale, integrale rinvio) come in sede di esecuzione della sentenza, l'amministrazione non potrà non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione (fatte sempre salve le prestazioni già eseguite, trattandosi in questo caso di un rapporto di durata), similmente a quanto avviene nel caso di annullamento di una graduatoria di un pubblico concorso che comporta la caducazione degli effetti del contratto di lavoro su di essa fondato, ovvero di annullamento di una concessione di un bene che comporta la caducazione degli effetti dell'accordo accessivo, o ancora di annullamento dell'affidamento di un pubblico servizio disposto senza gara che comporta, non di meno, la sopravvenuta caducazione del successivo contratto (nel senso che "la caducazione della procedura di affidamento travolge automaticamente il contratto per il venir meno del presupposto" v., dopo la citata pronuncia delle SS.UU., Cass. sez. lav., n. 28456/2008).

Rispetto a tali successive e conseguenti determinazioni dell'amministrazione, ovvero a fronte di comportamenti omissivi che disattendano l'effetto conformativo della sentenza, il sindacato del giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, è pieno e completo, potendo adottare tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo.

Con particolare riferimento al rapporto tra l'azione risarcitoria e gli effetti conformativi dell'annullamento dell'aggiudicazione si rileva come, avuto riguardo al termine di esecuzione indicato nel bando (60 giorni) ed all'entità dei lavori (importo a base d'asta di 78.500,00 euro), il contratto stipulato con l'aggiudicataria sia stato verosimilmente già eseguito e come, quindi, possa residuare in favore della ricorrente vittoriosa solamente la tutela risarcitoria per equivalente.

Detta tutela presuppone, peraltro, pur sempre il previo accertamento della fondatezza della pretesa di parte ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto, in termini di certezza (cd. diritto all'aggiudicazione o interesse legittimo "a risultato garantito") o, quanto meno, di apprezzabile probabilità (cd. chance) .

Ciò posto, nel caso di specie, poiché a motivo dell'esclusione la busta contenente l'offerta economica della ricorrente non è stata aperta, il Collegio non è al momento in grado di accertare se quanto allegato dalla stessa nella memoria conclusiva – il fatto di avere presentato un ribasso dell'11,25%, quindi migliore di quello della controinteressata – trovi riscontro nei documenti di gara.

Sicché si impone che tale verifica sia compiuta dall'amministrazione resistente, naturalmente attraverso una commissione di gara diversamente composta e previo avviso a parte ricorrente del luogo e della data di apertura della busta, al fine di garantire la sua partecipazione a tutte le operazioni.

Dopodichè spetterà all'amministrazione valutare motivatamente, sotto ogni profilo rilevante, l'offerta economica presentata, comparandola con quella della controinteressata al fine di stabilire, sulla base di un giudizio necessariamente virtuale ed ipotetico, se la ricorrente si sarebbe aggiudicata la gara ove non fosse stata illegittimamente esclusa dalla stessa

Per quanto specificamente attiene al risarcimento del lucro cessante, il Collegio fa proprie le persuasive considerazioni svolte di recente da Cons. St., sez. V, n. 5098/2008, già condivise da questa Sezione con la sentenza n. 1243/2009. Nella pronuncia n. 5098/2008 il Supremo Consesso, pur dando atto dell'esistenza di un orientamento prevalente secondo cui al fine di quantificare il lucro cessante subito dall'impresa per la mancata aggiudicazione di un appalto (ovvero il mancato utile che avrebbe ritratto dal contratto), in caso di pronuncia che riconosca la lesione di interessi legittimi pretensivi c.d. "a

risultato garantito”, sarebbe ammissibile liquidare, a titolo di danno presunto ed in via equitativa, una percentuale pari al 10% del prezzo a base d’asta, ai sensi dell’art. 345, l. n. 2248 del 1865 All. F., ha ritenuto di discostarsene in considerazione del fatto che simile criterio conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l’imprenditore ben più favorevole dell’impiego del capitale.

Si è altresì osservato come in tal modo il ricorrente non avrebbe più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché in tale evenienza presumibilmente otterrebbe di meno; e come del pari inappaganti siano i correttivi adottati da parte della giurisprudenza, nel senso di ridurre gradatamente l’utile conseguibile dall’impresa, nella misura forfettaria del 10%, ove la stessa non dimostri di non aver potuto utilizzare diversamente le maestranze ed i propri mezzi per l’espletamento di altri servizi.

Da qui l’opzione, condivisa anche da questo Collegio, in favore dell’orientamento minoritario che esige invece la prova rigorosa a carico dell’impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell’appalto, desumibile in via principale dall’esibizione dell’offerta economica presentata in sede di gara (v. già in precedenza, Cons. St., sez. V, n. 1563/2005; sez. IV, n. 478/2003).

Si legga anche

Quando il soggetto onerato della allegazione e prova dei fatti non vi adempie non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., perché tale norma presuppone l’impossibilità di provare l’ammontare preciso del pregiudizio subito

In tema di entità del danno da riconoscere in caso di lesione di interessi legittimi e di onere della prova a carico del danneggiato: l’utile conseguibile dall’impresa nella misura forfettaria del 10% deve essere decurtato ove l’impresa non dimostri di non aver potuto utilizzare diversamente le maestranze ed i propri mezzi per l’espletamento di altri servizi.?

Nel rispetto del principio basilare sancito dall’art. 2697 c.c., secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda, si è affermato, in linea generale, che ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo il ricorrente debba fornire in modo rigoroso la prova dell’esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell’istruttoria e non all’allegazione dei fatti. L’importanza dell’assolvimento dell’onere allegatorio è fondamentale perché, come noto, il diritto entra nel processo attraverso le prove ma queste ultime devono avere ad oggetto fatti circostanziati. Sotto tale angolazione ben si comprende che se anche può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l’obbligo, a monte, di allegare circostanze di fatto precise. Appare preferibile l’indirizzo minoritario che esige la prova rigorosa, a carico dell’impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell’appalto; prova desumibile, in primis, dall’esibizione dell’offerta economica presentata al seggio di gara.

Merita di essere segnalata la decisione numero 5098 del 17 ottobre 2008 emessa dal Consiglio di Stato

<Orbene mentre nel caso di accertamento di danni non patrimoniali l’unica forma possibile di liquidazione è quella equitativa, per quelli patrimoniali è vero il contrario, specie se subiti da imprese nell’esercizio della propria attività.

Sotto tale angolazione, proprio in tema di appalti, si è negato il risarcimento a titolo di danno emergente delle spese sostenute dall'impresa per la partecipazione alla gara in mancanza di una specifica allegazione e prova delle singole voci>

Ma vi è di più

<Per quanto specificamente attiene al risarcimento del lucro cessante la sezione osserva quanto segue.

In primo luogo deve ribadirsi, in una con la giurisprudenza più rigorosa, che il mancato guadagno dell'utile d'impresa corrispondendo al c.d. interesse positivo (quale interesse all'esecuzione del contratto), a rigore non potrebbe mai essere risarcito in una fattispecie di responsabilità precontrattuale; il sistema della responsabilità precontrattuale mal si presta ad essere utilizzato per chiedere il risarcimento dei danni che in via meramente presuntiva si sarebbero evitati o dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5174; sez. V, n. 7194 del 2006 cit.; sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6026; Cass., sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629).

Deve darsi atto però della esistenza di un prevalente orientamento di questo Consiglio, espressamente invocato dalla difesa appellante, secondo cui al fine di quantificare il lucro cessante subito dall'impresa per la mancata aggiudicazione di un appalto (ovvero il mancato utile che avrebbe ritratto dal contratto), in caso di giudicato che riconosca la lesione di interessi legittimi c.d. <<a risultato garantito>>, sarebbe ammissibile liquidare, a titolo di danno presunto ed in via equitativa, una percentuale pari al 10% del prezzo a base d'asta, ai sensi dell'art. 345, l. n. 2248 del 1865 All. F.

Tale tesi non può essere condivisa.

Il criterio del dieci per cento è desunto da alcune disposizioni in tema di lavori pubblici, che riguardano però altri istituti, come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'amministrazione committente o la determinazione del prezzo a base d'asta.

Tale riferimento, pur evocato come criterio residuale in una logica equitativa, conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale.

In tal modo il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe di meno.

Ulteriore difetto di tale tecnica risarcitoria (come si registra nella prassi giudiziaria, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1513) è che obbliga i giudici più sensibili a moltiplicare gli sforzi per trovare correttivi che rendano meno evidenti gli ingiustificati esborsi a carico della finanza pubblica; in quest'ottica, a titolo di esempio, è ricorrente la massima secondo cui l'utile conseguibile dall'impresa nella misura forfetaria del 10% deve essere decurtato ove l'impresa non dimostri di non aver potuto utilizzare diversamente le maestranze ed i propri mezzi per l'espletamento di altri servizi.

Tali escamotage offrono un rimedio inappagante perché scontano il vizio d'origine del costrutto argomentativo che nasce all'interno della logica indennitaria e non si concilia affatto con il regime della prova nel sistema della responsabilità civile in genere e della p.a. amministrazione in particolare.

Appare preferibile l'indirizzo minoritario che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in primis, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563; sez. VI, 4 aprile 2003, n. 478).

Parimenti deve essere precisato l'ambito di applicazione dell'art. 35, co. 2, d.lgs. n. 80 del 1998.

Premesso che nel processo amministrativo non sono ammissibili domande di condanna generica ex art. 278 c.p.c. (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 942), il ricorso alla c.d. <<sentenza sui criteri>> di liquidazione del danno postula che sia stata accertata l'esistenza del danno stesso e che il giudice sia in grado di individuare i criteri generali che saranno di guida per la formulazione dell'offerta da parte della p.a.

E' evidente pertanto che il meccanismo processuale diviso dal menzionato art. 35 non può essere strumentalizzato per eludere l'obbligo di allegazione dei fatti costitutivi del proprio diritto.

Alle stesse conclusioni si giunge in relazione all'utilizzo, da parte del giudice, della c.t.u. che non è mezzo di prova in senso proprio e non può supplire all'onere probatorio della parte>

In conclusione quindi

<Discende da quanto sopra che alla ALFA dovrà essere liquidata, a titolo di risarcimento del danno, una somma pari ad euro 84.392 vale a dire alla metà di quanto determinato dal primo giudice nell'impugnata sentenza; si precisa che su tale somma non decorreranno accessori fino alla pubblicazione della presente decisione, in quanto il primo giudice, sul punto, non si è pronunciato e non è stato proposto dalla ALFA appello incidentale>

SI LEGGA ANCHE

La responsabilità (precontrattuale per culpa in contrahendo) della stazione appaltante davanti al giudice amministrativo in caso di annullamento illegittimo di un'aggiudicazione (mancanza dell'adeguata copertura finanziaria)

Nel momento in cui un' impresa partecipa ad un appalto, è legittimo che la sua aspettativa sia quella di aggiudicarsi l'appalto.

Nella fase successiva, qualora l'impresa riesca effettivamente ad aggiudicarsi l'appalto, è legittima la sua aspettativa a sottoscrivere il contratto.

Pertanto qualora l'amministrazione decida, ingiustamente, di annullare l'aggiudicazione, è corretto che l'impresa richieda il risarcimento del danno davanti al Tar per responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione

Nella fattispecie in esame è positivamente riscontrato che la lesione della libertà negoziale della parte appellante, che si è vista indotta a contrattare e a confidare in buona fede nella validità della procedura poi rimossa in sede di autotutela, è avvenuta per colpa dell'amministrazione (la quale è incorsa in un macroscopico errore, ponendo a base di un

**bando un progetto non appaltabile perché
privo di copertura finanziaria).**

Infatti:

il Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, n. 7194 del 6 dicembre 2006) ritiene ammissibile la risarcibilità del danno, a titolo di responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione, nell'ipotesi – quale è quella oggetto della presente controversia – in cui l'amministrazione procedente, rilevando un errore nel procedimento di gara già esperito, rimuova in autotutela la gara stessa, ancorché fosse già intervenuta l'aggiudicazione in capo all'impresa vincitrice della selezione.

Ed invero, l'obbligo giuridico sancito dall'art. 1337 cod. civ. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative è stabilito perché con l'instaurarsi delle medesime sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela.

Pertanto, se durante tale fase formativa del negozio, una parte viola il dovere di lealtà e correttezza ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte - anche colposamente, in quanto non occorre un particolare comportamento oggettivo di malafede, né la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente - in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto risponde per responsabilità precontrattuale.

In altre parole quindi:

**Mancando il rispetto dei criteri della correttezza e della buona fede da parte della
pa, è giusto che l'impresa ottenga il risarcimento del danno**

Le domande a cui l'emarginata sentenza risponde sono le seguenti:

domanda:

Per quali controversie ci si può rivolgere ai Tar, competenti per territorio, o in appello, al Consiglio di Stato (supremo organo amministrativo)

Risposta:

Ci si può rivolgere al giudice amministrativo per “tutte” le controversie tra privato e pubblica amministrazione riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavori, forniture e servizi (la fase di evidenza pubblica rivolta alla scelta del contraente privato).

Questa affermazione si basa sul fatto che:

Ed invero nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase

pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito).

Domanda.

A quale giudice bisogna rivolgersi nel caso in cui un'impresa si aggiudichi un appalto successivamente annullato in tutte le sue fasi da parte dell'amministrazione pubblica?

Risposta

Il giudice competente è sempre il Tar in quanto la Legge prevede la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative a interessi legittimi della fase pubblicistica sia delle controversie di carattere risarcitorio relative a diritti soggettivi traenti origine dalla caducazione di provvedimenti della fase pubblicistica (le pretese per responsabilità precontrattuale).

Domanda

E' possibile quindi che l'amministrazione pubblica risponda per la propria responsabilità anche prima della sottoscrizione del contratto di appalto?

Risposta

La risposta non può che essere, oggi, affermativa anche se l'evoluzione in materia di responsabilità della Pubblica amministrazione per culpa in contrahendo è stata lunga e travagliata

E' altresì innegabile che l'impresa che ha conseguito l'aggiudicazione è ormai soggetto individuato quale contraente dell'amministrazione, la cui offerta ha già ottenuto - da parte dell'amministrazione - un principio rilevante di accettazione, sicché egli vanta (non un diritto di obbligazione derivante dal contratto, che non si è ancora concluso) un legittimo affidamento protetto dalla tutela apprestata per il contraente in buona fede: in questi termini si è già da tempo pronunciata la giurisprudenza civile, anteriormente alle innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 80/1998 e della legge n. 205/2000.

La Cassazione civile, nel negare la qualità di contraente al mero partecipante alla gara, anteriormente all'aggiudicazione (dove l'affermazione della normale non applicabilità, in tale fase, della responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione ai sensi dell'articolo 1337 c.c.) ha tuttavia ammesso che, una volta intervenuta l'aggiudicazione, l'aggiudicatario dovesse ormai ritenersi parte a tutti gli effetti (Cass., SS.UU. civ., 26 maggio 1997 n. 4673).

Già prima delle innovazioni del 1998-2000 la giurisprudenza era, dunque, approdata alla conclusione della possibilità dell'applicazione delle regole in tema di responsabilità precontrattuale alla Pubblica amministrazione committente, ancorché solo dopo l'aggiudicazione, nella fase intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto.

A seguito di tali innovazioni taluni giudici amministrativi di primo grado, nella specifica materia delle procedure di gara d'appalto, hanno ammesso la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante **(ad esempio, in un caso di mancata aggiudicazione di un appalto di lavori per omessa esclusione automatica di offerte anormalmente basse; ovvero facendo applicazione della**

responsabilità precontrattuale in un caso di illegittima revoca del bando, giudicata alla stregua di un'ingiustificata e arbitraria interruzione delle trattative

Domanda

A quanto può quindi ammontare la richiesta del risarcimento del danno?

Risposta

Al riguardo per pacifica giurisprudenza, il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale, in relazione alla mancata stipula del contratto o in relazione alla invalidità dello stesso, si limita all'interesse negativo, rappresentato – com'è noto – sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (danno emergente), sia della perdita di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso (lucro cessante), con esclusione dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione e l'esecuzione del contratto

in caso di culpa in contrahendo, i danni risarcibili comprendono (oltre alle spese sostenute in previsione della conclusione del contratto) le perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni per la mancata conclusione di un altro contratto dello stesso oggetto, mentre resta escluso il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto .

E', dunque, senz'altro risarcibile (come, peraltro, ammette la stessa Amministrazione) il danno a titolo di spese sostenute per la partecipazione alla procedura di gara in ragione della pacifica circostanza della avvenuta partecipazione dell'impresa ricorrente alla procedura poi annullata, con un'offerta ritenuta dalla stessa amministrazione valida e meritevole di aggiudicazione

Conclusivamente il danno risarcibile nei confronti dell'odierna ricorrente, alla stregua di quanto precedentemente indicato costituisce la risultante dalla sommatoria degli importi relativi alle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara in discorso e alla somma dovuta a titolo di lucro cessante per perdita di chance derivante dal precluso conseguimento di altre occasioni

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2678 del 30 giugno 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Milano

**N. 02678/2010 REG.SEN.
N. 00798/2010 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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 798 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Ricorrente Spa, rappresentata e difesa dagli Avv. Massimiliano Brugnoletti e Bruno
Santamaria, con domicilio eletto presso Bruno Santamaria, in Milano, Galleria del
Corso, n. 2;

contro

Azienda Ospedaliera S. Antonio Abate di Gamarate, rappresentata e difesa
dall'Avv. Maurizio Boifava, con domicilio eletto presso il medesimo c/o Segreteria
T.A.R.;

nei confronti di

Controinteressata Spa, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Francesco Bellocchio,
Giustino Ciampoli e Alberto Cappellini, con domicilio eletto presso Giustino
Ciampoli in Milano, via Marina, n. 6;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

1) della Delibera 226 del 26.03.2010, con la quale il Direttore Generale
dell'Azienda Ospedaliera S. Antonio Abate di Gallarate avrebbe disposto di

affidare per cinque anni il servizio di ristorazione degenti e mensa dipendenti alla ditta Controinteressata S.p.A.;

2) in parte qua e con espressa riserva di motivi aggiunti, dei verbali relativi alle operazioni di gara (verbale in data 18.11.2009, doc. 1; verbale in data 17.02.2010, doc. 2, relativo alle operazioni di valutazione tecnica delle offerte, tenute in plurime sedute riservate; verbale in data 02.03.2010, di apertura delle offerte economiche), nella parte in cui la Commissione aggiudicatrice dell'A.O. S. Antonio Abate di Gallarate ha ammesso alla procedura la controinteressata Controinteressata S.p.A. ed attribuito i punteggi tecnici ed economici nella gara di appalto per l'aggiudicazione del servizio di ristorazione degenti e mensa dipendenti;

3) del verbale del R.U.P. del 17.03.2010, di valutazione di parziale congruità dell'offerta della controinteressata Controinteressata S.p.A.;

4) del verbale del 26.03.2010, doc. 5, di valutazione finale di congruità dell'offerta di Controinteressata S.p.A.;

5) in via subordinata e con espressa riserva di motivi aggiunti, della Deliberazione n. 775 del 01.12.2009, allo stato non nota, con la quale il Direttore Generale dell'A.O. S. Antonio Abate di Gallarate ha nominato la Commissione aggiudicatrice dell'appalto;

6) in parte qua, della nota dell'A.O. S. Antonio Abate di Gallarate, prot. 8998 del 02.04.2010, con la quale è stata trasmessa solo una parte della documentazione amministrativa della documentazione di gara presentata dalla Controinteressata S.p.A., ma non anche quella relativa alla verifica di anomalia dell'offerta, né quella tecnica della medesima aggiudicataria;

7) di ogni altro atto o provvedimento presupposto, conseguente e comunque connesso con l'illegittima ammissione e valutazione dell'offerta di gara presentata dalla controinteressata Controinteressata S.p.A.

atti impugnati con il ricorso principale;

nonché

della delibera n.775 del 1.12.2009 con la quale il Direttore Generale dell'A.O. S.Antonio di Gallarate ha nominato i componenti della commissione aggiudicatrice dell'appalto

nonché per l'annullamento e/o la declaratoria di inefficacia

del contratto di appalto eventualmente già stipulato dall'Azienda Ospedaliera S. Antonio Abate di Gallarate con Controinteressata S.p.A

nonché

in denegata ipotesi di mancata reintegrazione in forma specifica dell'interesse della Ricorrente S.p.A. in conseguenza dell'auspicato accoglimento della tutela cautelare invocata

per la condanna

dell'Azienda Ospedaliera S. Antonio Abate di Gallarate, al risarcimento del danno ingiusti procurato alla odierna ricorrente, da determinarsi anche in via equitativa, in conseguenza della perdita dell'utile che sarebbe derivato dall'esecuzione del contratto d'appalto;

atti impugnati con i motivi aggiunti;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera S.Antonio Abate di Gamarate;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Udito il Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 16 giugno 2010, dott. Marco Poppi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO e DIRITTO

Con il presente ricorso, l'Impresa Ricorrente, impugna gli atti della procedura di gara, indetta dall'Azienda Ospedaliera resistente per l'affidamento del servizio di ristorazione, all'esito della quale si è classificata al secondo posto (con punti 91,39/100) alle spalle dell'odierna controinteressata, aggiudicataria del servizio (con punti 95,92/100).

Con il ricorso introduttivo, parte ricorrente, eccepisce l'illegittimità della dichiarazione ex art. 38 del D. Lgs. N. 163/2006, sottoscritta dal Legale rappresentante di Controinteressata, Pietro N., con la quale questi ha attestato l'insussistenza di cause ostative alla partecipazione anche con riferimento al legale rappresentate pro tempore, Fabio C., ed al Direttore Tecnico, Giovanni S..

Rileva, altresì, come la dichiarata condanna a carico del Sig. C., fosse allegata in termini estremamente generici tanto da non consentire alla Stazione appaltante alcun giudizio in ordine alla gravità ed incidenza della medesima.

Con motivi aggiunti depositati il 26.04.10, la ricorrente, integrava le proprie doglianze eccependo:

- A. l'inclusione, da parte dell'aggiudicataria, di un elemento di prezzo all'interno dell'offerta tecnica;
- B. la mancata sottoscrizione di tutti gli elementi dell'offerta;
- C. incongruenze ed illogicità nella valutazione dei progetti tecnici;
- D. l'anomalia dell'offerta di Controinteressata relativamente agli indicati costi del lavoro;
- E. l'illegittimità della composizione della Commissione giudicatrice.

Con Decreto n. 356 del 19 aprile 2010, è stata disposta la sospensione degli atti impugnati, non confermata nella Camera di consiglio del 30 aprile 2010, ed all'esito della pubblica Udienza del 16 giugno 2010, la causa è stata decisa.

Quanto alla dichiarazione resa dal Procuratore speciale di Controinteressata, sulla quale si appuntano le censure formulate in sede di ricorso introduttivo, come prescritto al punto 18.8 del Capitolato speciale, il Sig. Pietro N. ha compilato e sottoscritto l'allegato "MODELLO ALFA" indicando i nominativi dei soggetti dotati di rappresentanza dell'impresa, dichiarando "che nei confronti della Ditta non ricorrono le condizioni indicate ex art. 38 D.L.vo 12.04.2006 n. 163 che dispone quanto segue...".

Con "Dichiarazione integrativa sulle cause di esclusione ha specificato ulteriormente che:

- "nei confronti del Direttore Tecnico Sig. Giovanni S. è stata pronunciata in data 04/06/04 sentenza del Tribunale di Torino di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 del codice di procedura penale, per il reato di lesioni personali colpose con irrogazione della pena pecuniaria di euro 200 (duecento) di multa. Il reato risulta ad oggi estinto ad ogni effetto penale essendo intervenuta dichiarazione di estinzione del reato ex art. 445, comma 2, del codice di procedura penale, con Ordinanza del Tribunale di Torino del 13.07.09";

- "nei confronti dell'ex Presidente del Consiglio di Amministrazione Roberto C. è stata pronunciata nell'anno 1994 sentenza ex art. 444 del codice di procedura penale per un reato che – ad oggi – risulta estinto ad ogni effetto penale ex art. 445, comma 2, del codice di procedura penale, come da ordinanza di estinzione pronunciata dal Tribunale di Milano il 12.01.2004".

La ricorrente contesta la legittimità della suddetta dichiarazione affermando come l'autocertificazione riferita a "fatti personali" non possa che essere resa dal solo

soggetto interessato non essendo ammesse dichiarazioni riferite a soggetti diversi dal dichiarante.

La censura è infondata.

La dichiarazione è conforme alla lex specialis di gara che prevedeva unicamente la compilazione e sottoscrizione di un modello nel quale dovevano essere specificati in nominativi dei soggetti titolari del potere di rappresentanza e, con riferimento ai medesimi, l'insussistenza di cause ostative alla partecipazione ex art. 38 del D. L.vo n. 163/2006, senza alcun ulteriore adempimento.

Ne deriva che nessuna dichiarazione personalmente resa doveva intendersi come necessitata ai fini della partecipazione alla gara.

La sufficienza della dichiarazione resa dal Legale rappresentante della concorrente, anche per conto di soggetti terzi, costituisce principio già affermato da questo Tribunale (TAR Lombardia, Sez. I, 27 novembre 2009, n. 5200) che trova piena conferma anche nella più recente giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, Sez. III bis, 9 febbraio 2010, n. 1768).

Con il primo motivo introdotto con motivi aggiunti, la ricorrente lamenta "l'indebita inclusione di un elemento di prezzo all'interno dell'offerta tecnica della controinteressata" per avere, Controinteressata, specificato in offerta, in tema di "eventuali migliorie relative al servizio di ristorazione" di cui al parametro di valutazione n. 3 contemplato dall'art. 19 del Capitolato, che "qualora l'Amministrazione dell'AO concedesse l'autorizzazione ad utilizzare la cucina per confezionare pasti utenti terzi esterni, considerando che possiede la capacità produttiva oltre la preparazione dei pasti per tutti gli utenti dell'AO, GC SPA riconoscerà una royalty all'AO per ogni pasto confezionato a titolo di rimborso delle spese per le utenze energetiche ecc. pari a € 0,50".

Il motivo è infondato trattandosi di elemento che la Commissione, come espressamente verbalizzato in data 17.02.10, ha qualificato "non di interesse per

l'azienda ospedaliera" ed in relazione al quale non è stato assegnato alcun punteggio.

Il rifiuto di quanto offerto priva di pregio la tesi in virtù della quale l'elemento potrebbe aver condizionato il giudizio del seggio di gara.

Con un secondo motivo eccepisce "la mancata sottoscrizione di tutti gli elementi dell'offerta", da parte della aggiudicataria, che rappresenterebbe una mancata conferma dei contenuti dell'impegno negoziale assunti tanto sotto il profilo tecnico che economico.

Il motivo è infondato in quanto la sottoscrizione di ogni singolo foglio costituente l'offerta tecnica non era prescritta da alcuna disposizione di gara.

Con un terzo e articolato motivo, la ricorrente contesta la congruità e la logicità delle valutazioni espresse dalla Commissione in ordine ai progetti in gara che avrebbero penalizzato la propria offerta anche in presenza di componenti ritenute oggettivamente superiori a quelle dell'Impresa avversaria.

Le doglianze oggetto del presente capo di impugnazione tendono a censurare le valutazioni tecnico-discrezionali operate dalla Commissione di gara e devono ritenersi pertanto inammissibili nella misura in cui non vengano allegati elementi tali da indurre a ritenere travalicati i limiti propri della discrezionalità amministrativa rappresentati dai canoni di logicità, congruità e ragionevolezza.

Travalicamento che, sulla base delle allegazioni di parte ricorrente, non si ravvisano nel caso di specie.

Sotto un primo profilo, in relazione alle attrezzature ed arredi da installare presso la cucina, a fronte di un'offerta di Ricorrente asseritamene più ricca e completa, la Commissione ha attribuito punti 9 a Controinteressata e solo 7,5 alla ricorrente.

L'assunto è supportato unicamente da una allegazione riferita all'elemento quantitativo mentre, deve porsi in risalto, che il sottoparametro di valutazione è riferito al "Progetto di fornitura" e richiede, pertanto, un giudizio più articolato

basato, come evidenzia il verbale di gara del 02.12.09, sulla tipologia dei manufatti offerti (qualità e marca), sulla completezza delle informazioni fornite sugli stessi (depliant illustrativi e schede tecniche), nonché, sulla integrazione dei medesimi nell'esistente struttura (planimetrie).

Relativamente a Controinteressata, inoltre, la valutazione era influenzata positivamente dall'offerta di una innovativa linea "fast-lunch" per fornire una diversa tipologia di pasto.

Sotto un secondo profilo, la Commissione, in ordine alla "gestione emergenze", avrebbe attribuito punti 3 a Controinteressata e solo 2 alla ricorrente nonostante la prima abbia "millantato" la disponibilità di un centro di cottura alternativo che in realtà, è di proprietà del Comune di Gallarate e che la controinteressata utilizza in quanto affidataria del servizio di refezione scolastica da quell'Ente affidato.

L'impianto, inoltre, resterà nella disponibilità dell'impresa sino al 2011 ed è funzionante unicamente nei giorni feriali ed in occasione del solo pranzo.

Con riferimento a tale parametro, la Commissione avrebbe inoltre valutato positivamente l'offerta di Controinteressata sulla sola base del numero di "eventi critici" ipotizzati non avvedendosi che, fra questi, ne figuravano alcuni assolutamente ordinari quali "locali sporchi o piccole disfunzioni", "impossibilità di raggiungere i centri di distribuzione pasti per calamità naturali", "mancanza di fornitura di carburante (benzina e gasolio)", assenza totale di personale" e "assenza parziale di personale".

La censura è inammissibile.

A tal proposito deve rilevarsi, da un lato, che non tutti gli eventi espressamente citati in ricorso rivestono, a prima vista, carattere di ordinarietà, dall'altro, che la valutazione della Commissione relativamente al parametro in disamina si appuntava su ben quindici eventi ipotizzati e non solo sui cinque contestati.

Ne deriva che il giudizio (e la relativa attribuzione di punteggio) non poteva che scaturire da una complessiva analisi della specifica voce di offerta nella sua globalità secondo un apprezzamento discrezionale che non può essere messo in discussione in questa sede sulla base di censure parziali e generiche che si appuntano su una parte minoritaria dell'intero spettro di prestazioni in valutazione. Sotto un terzo profilo, Ricorrente afferma che la Commissione avrebbe immotivatamente favorito la controinteressata relativamente alle migliorie offerte attribuendo punteggi aggiuntivi (4 punti) relativamente alla “disinfestazione e derattizzazione”, “sportello consigli nutrizionali”, “materiale monouso per il reparto psichiatria” e “utilizzo prodotti ecolabel rispetto dell'ambiente”.

Le stesse migliorie offerte, unitamente ad altre, dalla ricorrente ed in relazione alle quali a quest'ultima non sarebbe stato riconosciuto alcun punteggio.

L'affermazione è smentita dal verbale di gara del 02.12.09 riportante l'elencazione delle 7 migliorie proposte da Ricorrente, fra le quali, non figurano le quattro suindicate.

Sotto un quarto profilo, la ricorrente, lamenta che la Commissione ha attribuito il medesimo punteggio ad entrambe le Imprese relativamente al Piano di sanificaizone nonostante il proprio fosse meglio strutturato.

La censura, peraltro formulata in forma generica enfatizzando gli aspetti della propria offerta senza nulla eccepire in ordine a quella avversaria, è inammissibile in quanto diretta a contestare scelte tecnico-discrezionali dell'Amministrazione.

Sotto un quinto profilo, lamenta l'attribuzione a Controinteressata del massimo punteggio previsto (3 punti) con riferimento alla riqualificazione dei locali cucina nonostante questa abbia previsto che “il locale stoviglie rimarrà ad uso esclusivo del lavaggio stoviglie degenti” contravvenendo, con ciò, alle prescrizioni del Capitolato (pag. 4) che imponevano di distinguere i locali lavaggio delle stoviglie

dei dipendenti da quelle utilizzate per i degenti che devono essere lavate presso le cucine di reparto.

Controinteressata, inoltre, utilizzerebbe quale magazzino l'ufficio cuoco/dietiste e ipotizzerebbe un percorso per il trasporto dei rifiuti che attraverserebbe il magazzino alimentare.

Anche tale doglianza è infondata.

La Relazione esplicativa al Progetto di riqualificazione dei locali cucina elaborata dall'aggiudicataria prevede effettivamente che "l'attuale locale lavaggio stoviglie, rimarrà ad uso esclusivo del lavaggio stoviglie degenti" ma l'affermazione, frutto di un evidente refuso, è rettificata nella sezione della Relazione recante "Manuale dell'organizzazione del lavoro con descrizione delle linee di processo" ove è affermato che "per quanto concerne il lavaggio di stoviglie e posate utilizzate da degenti e solventi si procederà come indicato all'art. 1.3, comma 9 del Capitolato".

La Relazione, inoltre, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, prevede espressamente che "l'ufficio cuoco e dietista, rimarrà nella attuale posizione, implementato da nuovi armadi per l'archiviazione di documenti".

Quanto al percorso rifiuti la doglianza è generica oltre che priva di puntuali allegazioni a sostegno.

Sotto un sesto, e ultimo, profilo, viene censurata la valutazione del sistema prenotazione pasti a mezzo applicazione basata su tecnologia GSM/GPRS con convogliamento dei dati ad un server esterno alla struttura ospedaliera a mezzo rete internet: sistema che interferirebbe con le apparecchiature diagnostiche e e peccherebbe di affidabilità in quanto dipendente dalla stabilità della connessione internet, non direttamente controllabile dalla struttura ospedaliera.

In offerta, infine, non sarebbero specificati il numero di palmari da fornire per lo specifico servizio, la struttura hardware proposta, i criteri di sicurezza in merito alla continuità del servizio ed alla protezione dei dati.

La doglianza è inammissibile stante la formulazione della medesima in via del tutto ipotetica e senza alcuna allegazione concreta idonea a supportare le criticità prefigurate.

Nessuna disposizione, inoltre, prevedeva l'indicazione della consistenza degli apparati portatili, dei software e dei protocolli di sicurezza la cui pretesa omissione, peraltro, non si ritiene possa ragionevolmente influire in negativo nel giudizio riferito al parametro in questione.

Con il quarto motivo, introdotto con motivi aggiunti, viene eccepita la mancata rilevazione, da parte della Commissione, dell'anomalia dell'offerta di Controinteressata.

In particolare, quanto ai costi del lavoro, il relativo importo è stato dall'aggiudicataria calcolato sulla base di un monte ore individuale annuale pari a 1696 ore contro le 1596 ore previste dalle tabelle ministeriali.

L'impresa aggiudicataria, inoltre, avrebbe dichiarato che si sarebbe accollata il costo orario del lavoro unicamente per le ore di assenza per malattia e maternità e non anche per ferie permessi e festività.

La stazione appaltante non potrebbe accettare giustificazioni tese ad aumentare il numero di ore mediamente lavorate né accettare l'eliminazione di voci retributive (ferie permessi e festività) che costituiscono diritto inviolabile dei lavoratori.

Incongrua risulterebbe, inoltre, la spesa per oneri di sicurezza, quantificata in sede di giustificazioni in € 5.000,00 annui, ovvero, pari a € 147,58 per ciascuno dei 34 dipendenti impiegati: importo definito "sicuramente insufficiente" a garantire le dotazioni di sicurezza ed i controlli medici del personale.

Il motivo è infondato.

Preliminarmente, osserva il Collegio che il giudizio di verifica dell'anomalia ha natura globale e sintetica e si appunta sulla serietà complessiva dell'offerta nel suo insieme costituendo espressione di un potere tecnico-discrezionale

dell'Amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (da ultimo C.d.S., V, 9 novembre 2009, n. 6987).

Quanto al caso di specie, deve evidenziarsi che il monte ore annuale indicato dalle tabelle ministeriali ha natura derogabile (confermata dalla stessa giurisprudenza allegata dalla ricorrente) che esprime unicamente un dato medio nazionale suscettibile di assumere diversa consistenza in relazione a specifiche realtà locali o aziendali.

Coerentemente all'enunciato principio, il dato fornito da Controinteressata in sede di giustificazioni si fonda su statistiche aziendali riferite alla Provincia di Varese.

Quanto al mancato accollo dei costi relativi a ferie permessi e festività, la circostanza è smentita dalla copiosa corrispondenza intercorsa fra la Stazione appaltante e la aggiudicataria (v. Relazione allegata alla nota del 16.03.09, nota del 22.03.09 e, infine, tabella del Ministero del Lavoro, ed. 2008 per la Provincia di Varese, All. 1, alla nota del 25.03.09, indicata quale fonte di riferimento dei costi applicati e dalla quale emerge la considerazione dei costi allegati come omessi).

Con un quinto motivo, viene eccepita l'illegittima composizione della Commissione di gara composta con soggetti non in possesso di adeguate competenze nello specifico settore.

La circostanza sarebbe ammessa implicitamente dalla stessa Amministrazione che nominando quale membro della Commissione il dott. Versace Domenico qualificandolo come "esperto della materia" attesterebbe che gli altri membri non erano in possesso delle necessarie competenze.

Lo stesso esperto, inoltre, in quanto Dirigente Responsabile della U.O. Gestione degli approvvigionamenti dell'Ospedale Fatebenefratelli di Milano, non potrebbe essere considerato un esperto.

A tacere della multidisciplinarietà delle competenze necessarie per la valutazione di progetti quali quelli in gara, la censura, non assistita da alcuna allegazione che vada oltre l'indicazione degli incarichi ricoperti dai membri nelle rispettive amministrazioni (due Dirigenti amministrativi, il Direttore del personale e due medici), è pretestuosa prima ancora che inammissibile, nonché, lesiva del prestigio professionale dei componenti nominati.

Per quanto precede il ricorso deve essere in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 3.000,00.

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

Così deciso in Milano nella Camera di consiglio del giorno 16 giugno 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Elena Quadri, Presidente FF

Hadrian Simonetti, Referendario

Marco Poppi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/06/2010

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

IL SEGRETARIO