

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 16/09/2010

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/30046-va-dichiarata-l-inefficacia-del-contratto-con-decorrenza-che-si-stima-congruo-fissare-a-far-data-dal-1-agosto-2010-e-con-salvezza-delle-prestazioni-eventualmente-medio-tempore-assicurate-dalla-co>

Autore: Lazzini Sonia

Va dichiarata l'inefficacia del contratto con decorrenza che si stima congruo fissare a far data dal 1 agosto 2010, e con salvezza delle prestazioni eventualmente medio tempore assicurate dalla controinteressata

Tar Calabria, Reggio Calabria, 15.07.2010 n. 817

Va dichiarata l'inefficacia del contratto con decorrenza che si stima congruo fissare a far data dal 1 agosto 2010, e con salvezza delle prestazioni eventualmente medio tempore assicurate dalla controinteressata.

la ricorrente può conseguire l'aggiudicazione senza apprezzabili sacrifici, né della Stazione appaltante, né della concorrente stessa.

si deve ritenere che il contratto, pur stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, non ha privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione e tale violazione non ha influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere utilmente l'affidamento del servizio.

Risulta dagli atti di giudizio che l'Amministrazione ha stipulato con la controinteressata il contratto di servizio in data 18 giugno 2010 e quindi prima dello spirare del termine dilatorio legale che è fissato dall'art. 11 comma 10 del Dlgs 163/06 (trentacinque giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, che, nella fattispecie non risulta essere stata effettuata e, che, comunque, anche in considerazione della conoscenza effettiva dell'aggiudicazione, avvenuta il 19 maggio 2010 in camera di consiglio, non sono decorsi).

IVa) Ai sensi dell'art. 245 bis, comma 1, lett. "c", va dunque apprezzato se sussistono gli estremi per disporre l'inefficacia obbligatoria del contratto (ossia se risulta che il contratto stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10 del Dlgs 163/06 abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e se tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento).

Da quanto risulta agli atti di giudizio, deve affermarsi che non ricorrono gli estremi di cui all'art. 245 bis, comma 1 lett. "c".

Infatti, va escluso che il contratto stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10 del Dlgs 163/06 abbia privato la ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto posto che essa, con la proposizione dei motivi aggiuntivi contro l'aggiudicazione definitiva, ha già svolto tutte le proprie censure e, considerato l'andamento del giudizio in fase cautelare che si è articolato in quattro camere di consiglio, ha avuto modo di controdedurre esaustivamente alle eccezioni difensive di parte resistente e della controinteressata.

Inoltre, va del pari escluso che la menzionata violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento laddove il contratto ha una validità di medio o lungo periodo (nella specie, triennale), si sostanzia in prestazioni di fornitura e di servizio a carattere essenzialmente lavorativo, quindi reiterate e ripetibili, non risulta abbia avere avuto un inizio di esecuzione (cosa che nella fattispecie deriva dalla nota dell'ASL depositata in atti, prot.2483/DG del 25 giugno 2010 con la quale l'Azienda si auto vincola a sospendere la consegna dei

lavori in attesa della decisione giudiziale), e dunque è ancora possibile che la ricorrente subentri nell'appalto senza apprezzabile sacrificio economico, né organizzativo.

Ne consegue che si deve ritenere che il contratto, pur stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, non ha privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione e tale violazione non ha influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere utilmente l'affidamento del servizio.

IVb) Ai sensi dell'art. 245 ter, tuttavia, tenuto conto degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della conseguente possibilità di subentrare nel contratto, posto che il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara ed è stata proposta la domanda di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto da parte della ricorrente, va dichiarata l'inefficacia del contratto a tali fini, con decorrenza che si stima congruo fissare a far data dal 1 agosto 2010, e con salvezza delle prestazioni eventualmente medio tempore assicurate dalla controinteressata.

In proposito si deve ritenere che ricorrono gli estremi di cui all'art. 245 ter del codice dei contratti nel caso di un appalto triennale misto di servizi e forniture, laddove il bando prevede che l'appalto verrà aggiudicato anche in presenza di una sola offerta (nella fattispecie, cfrr. il punto VI.4 del bando), la ricorrente è seconda in graduatoria rispetto alla controinteressata, l'ammissione alla gara della ricorrente è divenuta inoppugnabile (così come indicato nell'esame del ricorso incidentale), non sussistono altre offerte, dall'accoglimento del ricorso non deriva l'obbligo di riedizione del potere, il contratto, pur se stipulato, non risulta avere avuto un inizio di esecuzione e, comunque, anche se ciò dovesse essersi verificato, la durata del contratto, la natura delle prestazioni oggetto di appalto (ripetitive e periodiche) ed il breve lasso di tempo intercorso tra la stipula del contratto e la decisione della lite, congiuntamente considerati, sono tutti elementi i quali comportano che la ricorrente può conseguire l'aggiudicazione senza apprezzabili sacrifici, né della Stazione appaltante, né della concorrente stessa.

Poiché è dichiarata l'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 245 ter del Dlgs 163/06, non sussistono gli estremi per l'applicazione delle sanzioni di cui al combinato disposto degli artt. 245 bis comma 4 e 245 quater, che presuppongono, quale condizione di legge per il procedimento sanzionatorio, il mantenimento dell'efficacia del contratto nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione.

V) Per tutte queste ragioni, dunque, in accoglimento del gravame, va annullata l'aggiudicazione definitiva, va dichiarata la conseguente inefficacia del contratto di appalto, a far data dal 1 agosto 2010, con salvezza delle prestazioni eventualmente medio tempore assicurate dalla controinteressata, e, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 245 quinque del Dlgs 163/06, va dichiarato il diritto della ricorrente al subentro nell'appalto con decorrenza dalla medesima data.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 817 del 15 luglio 2010 pronunciata dal Tar Calabria, Reggio Calabria

**N. 00817/2010 REG.SEN.
N. 00093/2010 REG.RIC.
N. 00363/2010 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 Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 93 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ricorrente S.P.A e Ricorrente due S.p.A, rappresentato e difeso dagli avv. Enza Maria Accarino, Gaetano Di Giacomo, con domicilio eletto presso Maria Francesca Giuffrè Avv. in Reggio Calabria, via Sant'Anna i Tronco N. 9/B; ;

contro

Asl 109 - Locri, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Tringali, con domicilio eletto presso Silvio Dattola Avv. in Reggio Calabria, via Foti, 1; A.S.P. N. 5 di Reggio Calabria, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Tringali, con domicilio eletto presso Giovanni Tringali in Reggio Calabria, Palazzo Tibi;

nei confronti di

Controinteressata Sicilia S.r.l. e Controinteressata due S.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Maria Antonietta Lamberti, con domicilio eletto presso Luigi Sacca' Lucchesi Avv. in Reggio Calabria, via De Nava N 140;

Sul ricorso numero di registro generale 363 del 2010, proposto da: Ricorrente S.p.A. in proprio e N.Q. di Capogruppo Ati-Ricorrente S.P.A- Ricorrente due S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Enza Maria Accarino, Gaetano Di Giacomo, con domicilio eletto presso Maria Francesca Giuffrè Avv. in Reggio Calabria, via Sant'Anna i Tronco N. 9/B;

contro

Azienda Sanitaria N. 9 di Locri, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Tringali, con domicilio eletto presso Silvio Dattola Avv. in Reggio Calabria, via Foti, 1; A.S.P. N. 5 di Reggio Calabria, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Tringali, con domicilio eletto presso Giovanni Tringali in Reggio Calabria, Palazzo Tibi;

nei confronti di

Controinteressata Sicilia S.r.l., Controinteressata due S.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Maria Antonietta Lamberti, con domicilio eletto presso Luigi Sacca' Lucchesi Avv. in Reggio Calabria, via De Nava N 140;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso n. 93 del 2010:

quanto al ricorso principale

a. - della delibera n. 212 del 31.03.2009 non conosciuta con cui veniva indetta dalla Azienda Sanitaria n. 9 “Procedura aperta per il servizio triennale di lavaggio, stiratura, disinfezione, sterilizzazione, distribuzione e rifornimento continuo di biancheria piana e confezionata, fardelleria, lavaggio materassi e guanciali per i presidi dell’Azienda Sanitaria n. 9 e per l’ex AIAS di Stignano”;

b. - in parte qua ed ove possa occorrere se confliggenti con quanto eccepito ed impugnato nel presente atto, del bando di gara e del capitolato speciale avente ad oggetto l’appalto per l'affidamento del servizio triennale di lavaggio, stiratura, disinfezione, sterilizzazione, distribuzione e rifornimento continuo di biancheria piana e confezionata, fardelleria, lavaggio materassi e guanciali per i presidi dell’Azienda Sanitaria n. 9 e per l’ex AIAS di Stignano;

c. - in parte qua ed ove possa occorrere, della delibera di nomina della Commissione giudicatrice e del successivo atto di nomina di sostituzione di un componente, adottato nelle more dell'espletamento della gara, non conosciuti;

d. - in parte qua ed ove possa occorrere dei verbali di seduta di gara ed in particolare di quelli relativi alle operazioni di apertura della busta contenente la documentazione amministrativa dell'ATI CONTROINTERESSATA - CONTROINTERESSATA DUE; di esame della documentazione amministrativa dell'ATI CONTROINTERESSATA – CONTROINTERESSATA DUE a comprova delle autocertificazioni, avvenuto in seduta privata e non pubblica; di esame delle offerte tecniche delle ditte partecipanti; di attribuzione dei punteggi e, quindi, del verbale di aggiudicazione provvisoria a favore della ATI CONTROINTERESSATA – CONTROINTERESSATA DUE;

e. - del rifiuto / differimento / limitazione opposto dall'A.S., giusta nota prot. n. 000448 del 7.01.2010, alla istanza di accesso agli atti della procedura per visionare e / o estrarre copia degli atti e verbali di gara in uno alla documentazione amministrativa dell'ATI CONTROINTERESSATA - CONTROINTERESSATA DUE ;

f. - di ogni altro atto presupposto connesso e / o consequenziale, compresi atti interni non conosciuti, la delibera di aggiudicazione provvisoria / definitiva ed il contratto di appalto, ove eventualmente sottoscritto;

PER LA DECLARATORIA

del diritto – interesse delle società ricorrenti all'aggiudicazione della gara ed in ogni caso al risarcimento dei danni consequenziali all'illegittimo agire dell'Azienda Sanitaria n. 9 di Locri;

E PER LA CONDANNA

dell'Azienda Sanitaria n. 9 di Locri all'adempimento delle correlate obbligazioni.

NONCHE', Quanto al primo ricorso per motivi aggiunti

a. - in parte qua ed ove possa occorrere se confliggenti con quanto eccepito ed impugnato nel presente atto, del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato speciale avente ad oggetto l'appalto per l'affidamento del servizio

triennale di lavaggio, stiratura, disinfezione, sterilizzazione, distribuzione e rifornimento continuo di biancheria piana e confezionata, fardelleria, lavaggio materassi e guanciali per i presidi dell’Azienda Sanitaria n. 9 e per l’ex AIAS di Stignano ;

b. - in parte qua ed ove possa occorrere, della delibera n. 430 dell’1 luglio 2009, non conosciuta e n. 805 dell’11 novembre 2009, rispettivamente di nomina della Commissione giudicatrice e di nomina in sostituzione di un componente, adottata nelle more dell’espletamento della gara ;

c. - in parte qua ed ove possa occorrere dei verbali di seduta di gara ed in particolare del verbale del 30 giugno 2009; del 19 dicembre 2009, con allegate tabelle punteggi qualità; del 23 dicembre 2009, con allegate offerte congiunte delle ATI concorrenti ;

d. - ed ancora, ove possa occorrere, dell’istanza di partecipazione della CONTROINTERESSATA SICILIA S.r.l. e della correlata offerta economica, siccome esibite dall’Ente;

e. - di ogni altro atto presupposto connesso e / o consequenziale, compresi atti interni non conosciuti, la delibera di aggiudicazione provvisoria / definitiva ed il contratto di appalto, ove eventualmente sottoscritto;

nonché

di tutti gli atti impugnati con il ricorso principale, che qui devono intendersi per riportati e trascritti;

PER LA DECLARATORIA

del diritto – interesse delle società ricorrenti all’aggiudicazione della gara ed in ogni caso al risarcimento dei danni consequenziali all’illegittimo agire dell’Azienda Sanitaria n. 9 di Locri;

E PER LA CONDANNA

dell'Azienda Sanitaria n. 9 di Locri all'adempimento delle correlate obbligazioni.

NONCHE', quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti,

a. - della delibera di aggiudicazione provvisoria n. 217 del 17 marzo 2010 , siccome esibita e prodotta da controparte nel presente giudizio con cui l'Azienda Sanitaria ha deliberato, tra l'altro, di "approvare le risultanze di gara per come risulta dai verbali allegati che formano parte integrante e sostanziale del presente atto; di aggiudicare conseguentemente in via provvisoria la gara di cui in oggetto alla RTI CONTROINTERESSATA SICILIA S.r.l. CONTROINTERESSATA DUE S.r.l per l'importo annuo di €uro 678.481,01 oltre IVA; nonché di formulare istanza di parere alla autorità per la Vigilanza sui contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture in ordine ai requisiti richiesti al punto 3.2 del disciplinare di gara "Imprese partecipanti in Raggruppamento Temporaneo", articolando specifici quesiti;

b. - ove possa occorrere e parte qua dell'atto di formulazione di istanza di parere con articolazione dei quesiti alla "autorità per la Vigilanza sui contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture in ordine ai requisiti richiesti al punto 3.2 del disciplinare di gara "Imprese partecipanti in Raggruppamento Temporaneo" come definito nella delibera di aggiudicazione provvisoria di cui sopra; atto non conosciuto;

c. - ove possa occorrere ed ove discordante con quanto dedotto ed eccepito dalle ricorrenti nel presente giudizio, del parere eventualmente rilasciato dalla autorità per la Vigilanza sui contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture in ordine ai requisiti richiesti al punto 3.2 del disciplinare di gara "Imprese partecipanti in Raggruppamento Temporaneo"; atto non conosciuto;

NONCHE', quanto al terzo ricorso per motivi aggiunti,

a. - della delibera di aggiudicazione definitiva n. 414 del 12 maggio 2010 , non notificata né comunicata, siccome esibita da controparte nel giudizio n. R.G. 93 / 2010 all’udienza del 19 maggio 2010 con cui l’Azienda Sanitaria ha deliberato, tra l’altro, di “aggiudicare in via definitiva la procedura aperta per “Affidamento Servizio di Noleggio, Stiratura, disinfezione e sterilizzazione, distribuzione e rifornimento continuo di biancheria piana e confezionata per i Presidi dell’A.S. n. 9 ex AIAS di Stignano alla R.T.I. composta dalle ditte CONTROINTERESSATA SICILIA S.r.l. di Melilli e CONTROINTERESSATA DUE S.r.l. di Reggio Calabria per l’importo annuo di ξuro 678.481,01 oltre IVA per il triennio, con decorrenza dalla data di sottoscrizione del verbale della prima consegna” in uno alla nota prot. n. 019320 del 19 maggio 2010 di presunta comunicazione, non notificata né comunicata;

b. - della nota prot. n. 1408 / DSH del 27 maggio 2010 , successivamente conosciuta, avente ad oggetto “forniture divise” con cui la Direzione Sanitaria dell’Ospedale Unico della Locride ha comunicato che “a decorrere dal 31 maggio 2010 la nuova ditta aggiudicatrice del Servizio Lavanolo CONTROINTERESSATA di Siracusa inizierà la propria attività. Le SS.LL - e tutto il personale afferente alla propria unità operativa - sono invitate a presentarsi presso il Poliambulatorio Ospedaliero (stanza attigua all’ufficio Ticket) nel periodo 31.05.2010 / 11.6.2010, dalle ore 10,00 alle ore 16,00, affinchè gli addetti della Ditta succitata possano prendere le misure della taglia di camici e divise di ogni dipendente interessato”;

c. - degli atti rilasciati in copia dall’Azienda Sanitaria – a seguito di istanza di accesso – solo in data 12 maggio 2010 ed esattamente e per quanto possa occorrere;

c.1 - in parte qua ed ove possa occorrere dei verbali di seduta di gara ed in particolare di quelli relativi alle operazioni di apertura della busta contenente la

documentazione amministrativa dell'ATI CONTROINTERESSATA - CONTROINTERESSATA DUE; di esame della documentazione amministrativa dell'ATI CONTROINTERESSATA – CONTROINTERESSATA DUE a comprova delle autocertificazioni, avvenuto in seduta privata e non pubblica; di esame delle offerte tecniche delle ditte partecipanti; di attribuzione dei punteggi e, quindi, del verbale di aggiudicazione provvisoria a favore della ATI CONTROINTERESSATA – CONTROINTERESSATA DUE; e quindi dei verbali dell'1.12.2009 avente ad oggetto “verifica documenti RTI sorteggiata”; e del 19 dicembre 2009 avente ad oggetto “valutazione tecnica ed assegnazione punteggio”, con allegate tabelle punteggi qualità; del 23 dicembre 2009, con allegate offerte congiunte delle ATI concorrenti e di proposta aggiudicazione provvisoria;

c.1.1 - in parte qua ed ove possa occorrere degli ulteriori verbali di gara siccome esibiti e prodotti da controparte nel presente giudizio ovvero del 30.06.2009; del 7.07.2009 ; del 14.07.2009; del 30.07.2009; del 19.10.2009; del 19.11.2009; dell'1.12.2009; del 3.12.2009; del 4.12.2009; del 17.12.2009; del 18.12.2009;

c.2 - dell'istanza di partecipazione dell'CONTROINTERESSATA Sicilia in uno alle rese ed allegate alle dichiarazioni sostitutive, certificazioni di qualità nn. 10597 del 3.05.2006 ;10598 del 20.09.2007; 10599 del 3.05.2006; n. 099 QPS 167 del 7.03.2005 con allegato; nota del 26.05.2009 apparentemente del CERTIQUALITY di presunta proroga della certificazione n. 10597 e 10599; ed autorizzazioni allo scarico acque reflue rilasciata apparentemente dal Comune di Melilli n. 9898 / 191 del 10.12.2206 ;

c.3 - dell'istanza di partecipazione della CONTROINTERESSATA DUE S.r.l. in uno alle rese ed allegate alle dichiarazioni sostitutive, certificazioni di qualità n. 39316 – 2008; 31555 – 2008; ed autorizzazioni allo scarico acque reflue rilasciata apparentemente dalla LAM S.p.A. dell'11.08.2008 ;

c.4 - della domanda di partecipazione congiunta dell'ATI costituenda CONTROINTERESSATA Sicilia e CONTROINTERESSATA DUE s.r.l. in uno alle rese ed allegate dichiarazioni sostitutive ed alla polizza n. 1835753 del 17.06.2009;

d. - di ogni altro atto presupposto connesso e / o consequenziale, compresi atti interni non conosciuti, ed il contratto di appalto, ove eventualmente sottoscritto;
NONCHÉ

di tutti gli atti già impugnati con il ricorso principale, il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 3 maggio 2010 nonché quello depositato in data 17 maggio 2010, che qui devono intendersi per riportati e trascritti;

a. della nota prot. n. 23716 del 22 giugno 2010 avente ad oggetto: "Comunicazione", a firma del dirigente dell'A.S. n. 9 Ufficio Beni e Servizi con cui, si legge letteralmente "si comunica a codesto spett.le R.T.I che a far data dal 28.06.2010 subentrerà la nuova ditta aggiudicataria della gara "affidamento servizio di noleggio, stiratura, disinfezione, sterilizzazione distribuzione e rifornimento di biancheria piana e confezionata per i presidi dell'A.S. n. 9 di Locri e ex AIAS di Stignano. Si chiede, pertanto, che venga effettuato il ritiro del materiale di Vs. proprietà entro e non oltre tale data. Resta inteso che codesta ditta continuerà a garantire il servizio in parola fino alla data sopra indicata";

b. di ogni altro atto presupposto connesso e / o consequenziale, compresi atti interni non conosciuti, ed il contratto di appalto, ove eventualmente sottoscritto;
NONCHE'

di tutti gli atti già impugnati con il ricorso principale n. 93 / 2010, e con i ricorsi per motivi aggiunti depositati in data 3 maggio 2010; 17 maggio 2010 e 14 giugno 2010, che qui devono intendersi per riprodotti e trascritti.

PER LA DECLARATORIA

del diritto – interesse delle società ricorrenti all’aggiudicazione della gara; alla dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato ovvero al subentro nello stesso e, in ogni caso, al risarcimento, anche per equivalente, dei danni consequenziali all’illegittimo agire dell’Azienda Sanitaria n. 9 di Locri;

E PER LA CONDANNA

dell’Azienda Sanitaria n. 9 di Locri all’adempimento delle correlate obbligazioni.. quanto al ricorso n. 363 del 2010:

- a. della delibera di aggiudicazione definitiva n. 414 del 12 maggio 2010 , non notificata né comunicata, siccome esibita da controparte nel giudizio n. R.G. 93 / 2010 all’udienza del 19 maggio 2010, con cui l’Azienda Sanitaria ha deliberato, tra l’altro, di “aggiudicare in via definitiva la procedura aperta per Affidamento Servizio di Noleggio, Stiratura, disinfezione e sterilizzazione, distribuzione e rifornimento continuo di biancheria piana e confezionata per i Presidi dell’A.S. n. 9 ex AIAS di Stignano alla R.T.I. composta dalle ditte CONTROINTERESSATA SICILIA S.r.l. di Melilli e CONTROINTERESSATA DUE S.r.l. di Reggio Calabria per l’importo annuo di Euro 678.481,01 oltre IVA per il triennio, con decorrenza dalla data di sottoscrizione del verbale della prima consegna” in uno alla nota prot. n. 019320 del 19 maggio 2010 di presunta comunicazione, non notificata né comunicata;
- b. della nota prot. n. 1408 / DSH del 27 maggio 2010, successivamente conosciuta, avente ad oggetto “forniture divise” con cui la Direzione Sanitaria dell’Ospedale Unico della Locride ha comunicato che “a decorrere dal 31 maggio 2010 la nuova ditta aggiudicatrice del Servizio Lavanolo CONTROINTERESSATA di Siracusa inizierà la propria attività. Le SS.LL - e tutto il personale afferente alla propria unità operativa - sono invitate a presentarsi presso il Poliambulatorio Ospedaliero (stanza attigua all’ufficio Ticket) nel periodo

31.05.2010 / 11.6.2010, dalle ore 10,00 alle ore 16,00, affinché gli addetti della Ditta succitata possano prendere le misure della taglia di camici e divise di ogni dipendente interessato”;

c. degli atti rilasciati in copia dall’Azienda Sanitaria – a seguito di istanza di accesso – solo in data 12 maggio 2010 ed esattamente e per quanto possa occorrere;

c.1 - in parte qua ed ove possa occorrere, dei verbali di seduta di gara ed in particolare di quelli relativi alle operazioni di apertura della busta contenente la documentazione amministrativa dell’A.T.I. CONTROINTERESSATA - CONTROINTERESSATA DUE; di esame della documentazione amministrativa dell’A.T.I. CONTROINTERESSATA – CONTROINTERESSATA DUE a comprova delle autocertificazioni, avvenuto in seduta privata e non pubblica; di esame delle offerte tecniche delle ditte partecipanti; di attribuzione dei punteggi e, quindi, del verbale di aggiudicazione provvisoria a favore della ATI CONTROINTERESSATA – CONTROINTERESSATA DUE; e quindi dei verbali dell’1.12.2009 avente ad oggetto “verifica documenti RTI sorteggiata”; e del 19 dicembre 2009 avente ad oggetto “valutazione tecnica ed assegnazione punteggio”, con allegate tabelle punteggi qualità; del 23 dicembre 2009, con allegate offerte congiunte delle ATI concorrenti e di proposta aggiudicazione provvisoria;

c.1.1 - in parte qua ed ove possa occorrere, degli ulteriori verbali di gara siccome esibiti e prodotti da controparte nel giudizio n. R.G. 93 / 2010 ovvero del 30.06.2009; del 7.07.2009 ; del 14.07.2009; del 30.07.2009; del 19.10.2009; del 19.11.2009; dell’1.12.2009; del 3.12.2009; del 4.12.2009; del 17.12.2009; del 18.12.2009;

c.2 - dell’istanza di partecipazione dell’CONTROINTERESSATA Sicilia in uno alle rese ed allegate dichiarazioni sostitutive, certificazioni di qualità nn. 10597 del 3.05.2006; 10598 del 20.09.2007; 10599 del 3.05.2006; n. 099 QPS 167 del

7.03.2005 con allegato; nota del 26.05.2009, apparentemente del CERTIQUALITY, di presunta proroga della certificazione n. 10597 e 10599; ed autorizzazioni allo scarico acque reflue rilasciata apparentemente dal Comune di Melilli n. 9898 / 191 del 10.12.2206 ;

c.3 - dell'istanza di partecipazione della CONTROINTERESSATA DUE S.r.l. in uno alle rese ed allegate dichiarazioni sostitutive, certificazioni di qualità n. 39316 – 2008; 31555 – 2008; ed autorizzazioni allo scarico acque reflue, rilasciata apparentemente dalla LAM S.p.A., dell'11.08.2008;

c.4 - della domanda di partecipazione congiunta dell'ATI costituenda CONTROINTERESSATA Sicilia e CONTROINTERESSATA DUE s.r.l., in uno alle rese ed allegate dichiarazioni sostitutive ed alla polizza n. 1835753 del 17.06.2009 ;

d. - della delibera di aggiudicazione provvisoria n. 217 del 17 marzo 2010, non notificata, siccome esibita e prodotta da controparte nel giudizio n. 93 / 2010, con cui l'Azienda Sanitaria ha deliberato, tra l'altro, di “approvare le risultanze di gara per come risulta dai verbali allegati che formano parte integrante e sostanziale del presente atto; di aggiudicare conseguentemente in via provvisoria la gara di cui in oggetto alla A.T.I. CONTROINTERESSATA SICILIA S.r.l. - CONTROINTERESSATA DUE S.r.l per l'importo annuo di Euro 678.481,01 oltre IVA; nonché di formulare istanza di parere alla autorità per la Vigilanza sui contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture in ordine ai requisiti richiesti al punto 3.2 del disciplinare di gara “Imprese partecipanti in Raggruppamento Temporaneo”, articolando specifici quesiti;

d.1 - ove possa occorrere e parte qua dell'atto di formulazione di istanza di parere con articolazione dei quesiti alla “autorità per la Vigilanza sui contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture in ordine ai requisiti richiesti al punto 3.2 del disciplinare di gara “Imprese partecipanti in Raggruppamento Temporaneo” come

definito nella delibera di aggiudicazione provvisoria di cui sopra; atto non conosciuto;

e. - in parte qua ed ove possa occorrere, della delibera n. 212 del 31.03.2009 non conosciuta con cui veniva indetta dalla Azienda Sanitaria n. 9 “Procedura aperta per il servizio triennale di lavaggio, stiratura, disinfezione, sterilizzazione, distribuzione e rifornimento continuo di biancheria piana e confezionata, fardelleria, lavaggio materassi e guanciali per i presidi dell’Azienda Sanitaria n. 9 e per l’ex AIAS di Stignano”;

f. - in parte qua ed ove possa occorrere se confliggenti con quanto eccepito ed impugnato nel presente atto, del bando di gara, del disciplinare e del capitolato speciale avente ad oggetto l’appalto per l’affidamento del servizio triennale di lavaggio, stiratura, disinfezione, sterilizzazione, distribuzione e rifornimento continuo di biancheria piana e confezionata, fardelleria, lavaggio materassi e guanciali per i presidi dell’Azienda Sanitaria n. 9 e per l’ex AIAS di Stignano;

g. - in parte qua ed ove possa occorrere, della delibera n. 430 dell’1 luglio 2009, non conosciuta e n. 805 dell’11 novembre 2009, rispettivamente di nomina della Commissione giudicatrice e di nomina in sostituzione di un componente, adottata nelle more dell’espletamento della gara ;

h. - del rifiuto / differimento / limitazione opposto dall’A.S., giusta nota prot. n. 000448 del 7.01.2010, alla istanza di accesso agli atti della procedura per visionare e / o estrarre copia degli atti e verbali di gara in uno alla documentazione amministrativa dell’ATI CONTROINTERESSATA - CONTROINTERESSATA DUE ;

i. - di ogni altro atto presupposto connesso e / o consequenziale, compresi atti interni non conosciuti, ed il contratto di appalto, ove eventualmente sottoscritto;

a. della nota prot. n. 23716 del 22 giugno 2010 avente ad oggetto: "Comunicazione", a firma del dirigente dell'A.S. n. 9 Ufficio Beni e Servizi con cui, si legge letteralmente "si comunica a codesto spett.le R.T.I che a far data dal 28.06.2010 subentrerà la nuova ditta aggiudicataria della gara "affidamento servizio di noleggio, stiratura, disinfezione, sterilizzazione distribuzione e rifornimento di biancheria piana e confezionata per i presidi dell'A.S. n. 9 di Locri e ex AIAS di Stignano. Si chiede, pertanto, che venga effettuato il ritiro del materiale di Vs. proprietà entro e non oltre tale data. Resta inteso che codesta ditta continuerà a garantire il servizio in parola fino alla data sopra indicata";

b. di ogni altro atto presupposto connesso e / o consequenziale, compresi atti interni non conosciuti, ed il contratto di appalto, ove eventualmente sottoscritto;
NONCHE'

di tutti gli atti già impugnati con il ricorso principale n. 363 / 2010, che qui devono intendersi per riprodotti e trascritti.

PER LA DECLARATORIA

del diritto – interesse delle società ricorrenti all'aggiudicazione della gara; alla dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato ovvero al subentro nello stesso e, in ogni caso, al risarcimento, anche per equivalente, dei danni consequenziali all'illegittimo agire dell'Azienda Sanitaria n. 9 di Locri;

E PER LA CONDANNA

dell'Azienda Sanitaria n. 9 di Locri all'adempimento delle correlate obbligazioni..

Visti i ricorsi ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asl 109 - Locri e di Controinteressata Sicilia S.r.l. e di Controinteressata due S.r.l. e di A.S.P. N. 5 di Reggio Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visto il ricorso incidentale proposto nel giudizio nr. 93/2010 dalla controinteressata (notificato il 19 maggio 2010 e depositato il 24 successivo);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2010 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Ricorrono le società Ricorrente Spa, e Ricorrente due spa, la prima in proprio e n.q. di capogruppo mandataria dell'ATI "Ricorrente Spa – Ricorrente due Spa", le quali espongono di aver partecipato all'appalto per l'affidamento dei servizi di lavanderia indetto dall'ASL di Locri con delibera n. 212 del 31.03.2009, classificandosi seconde, dopo la ATI controinteressata, che è risultata aggiudicataria e contestano la legittimità dell'ammissione di quest'ultima concorrente.

Più precisamente, con il ricorso introduttivo del giudizio nr. 93/2010 vengono impugnati l'ammissione alla gara della controinteressata e, in subordine, il bando ed il capitolato speciale se da ritenersi non ostativi all'ammissione della controinteressata, nonché gli atti inerenti la composizione della commissione di gara; con il primo ricorso per motivi aggiunti vengono impugnati i medesimi atti in differenti parti per ulteriori profili e motivi di interesse; con il secondo ricorso per motivi aggiunti viene impugnata l'aggiudicazione provvisoria; con il terzo ricorso per motivi aggiunti viene impugnata l'aggiudicazione definitiva; con il quarto ricorso per motivi aggiunti la comunicazione di prossima consegna dell'appalto di servizi alla controinteressata.

Si è costituita nel giudizio nr. 93/2010 l'ASL di Locri che resiste al ricorso ed ai motivi aggiunti, chiedendone il rigetto.

Si è costituita anche la controinteressata, la quale, oltre a resistere al ricorso ed ai diversi motivi aggiunti, spiega ricorso incidentale contro l'ammissione della parte ricorrente, impugnando i relativi atti.

La ricorrente ha proposto un giudizio autonomo, n. reg. 363/2010, con il quale impugna gli atti del procedimento di gara e, nella specie, l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, nonché, con motivi aggiunti, la comunicazione di prossima consegna dell'appalto dei servizi alla controinteressata.

In quest'ultimo giudizio si sono costituite sia l'ASL che la controinteressata, le quali resistono al ricorso e ne chiedono il rigetto per inammissibilità ed infondatezza.

Alla camera di consiglio del 1 luglio 2010 le cause, chiamate per l'esame della domanda cautelare, sono state riunite e trattenute in decisione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 26 della l. 1034/71, nonché dell'art. 245, comma 2-octies del Dlgs 163/06, per come modificato dall'art. 8, comma 1 del Dlgs 20 marzo 2010, nr. 53.

In proposito, il Collegio osserva che i ricorsi sono di semplice risoluzione, e pertanto ricorrono gli estremi per la definizione immediata del giudizio in forma semplificata, anche in considerazione della direttiva ricorsi per come recepita dal menzionato Dlgs 20 marzo 2010, nr. 53, che ha introdotto all'art. 245, comma 2-undecies, l'obbligo di redazione della sentenza in forma semplificata. Tale previsione, infatti, dal momento che impone l'adozione di una decisione avente la medesima struttura contenutistica della sentenza ex art. 26 l. 1034/71, sortisce l'effetto processuale di equiparare in pratica le decisioni pronunciate in udienza pubblica alle c.d. sentenze brevi in sede cautelare, depotenziando la differenza di rito che risulta limitata alla sola eventualità di una migliore trattazione dell'argomento delle parti, con la conseguente necessità, in questo caso, degli specifici termini a difesa che sono propri della trattazione ordinaria del ricorso nel

merito. In altri termini, le modifiche operate al Codice dei contratti dalla direttiva ricorsi conseguono l'effetto di orientare il giudice all'immediata definizione del giudizio, in occasione della trattazione della domanda cautelare, tutte quelle volte in cui, come nella fattispecie, le parti hanno avuto esaustivamente modo di esporre le proprie tesi ed opportunamente controdedurre alle tesi avversarie, con la conseguenza che un rinvio al merito per ulteriori deduzioni o per ulteriori trattazioni della materia già compiutamente esposta negli scritti difensivi, in un processo che già nella fase cautelare si presenta a contraddittorio integro ed istruttoria completa, costituirebbe un inutile differimento della decisione.

I ricorsi riuniti vanno quindi esaminati nel merito, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 21 e 26 della l. 1034/71.

I) Preliminariamente va ritenuto che il gravame svolto contro l'aggiudicazione definitiva priva di interesse processuale la trattazione dei precedenti atti di ricorso e per motivi aggiunti proposti contro gli atti endoprocedimentali e contro l'aggiudicazione provvisoria.

Ciò quindi rende irrilevante, ai fini del giudizio, la questione inherente il ricorso introduttivo che, secondo parte controinteressata, sarebbe inammissibile poiché proposto in forza di procura generale alle liti, invece che in virtù di un mandato speciale: il terzo ricorso per motivi aggiunti, infatti, è proposto in forza di un mandato speciale e possiede i requisiti sostanziali e processuali atti a considerarlo come un autonomo mezzo di gravame, senza considerare che le medesime censure sono comunque proposte nel secondo ricorso.

A tale proposito, si osserva infatti che il terzo ricorso per motivi aggiunti ed il ricorso autonomo, aventi tutti identico contenuto censorio, sono tempestivamente proposti ai sensi dell'art. 245, comma 2 quinque, in quanto l'aggiudicazione definitiva risulta conosciuta dalla ricorrente in data 19 maggio 2010, il ricorso è stato notificato l'11 giugno, e depositato il 14 successivo.

Inoltre, la parte resistente e la controinteressata si sono costituite in resistenza al terzo ricorso per motivi aggiunti controdeducendo alle censure proposte, e ciò, ai sensi dell'art. 160 cpc., rende irrilevante l'astrattamente prospettabile irregolarità della notifica del predetto gravame, ai fini della possibilità di considerare i motivi aggiunti come un mezzo autonomo di impugnazione, che deriverebbe dalla circostanza che essi risultano notificati alla sola Amministrazione sia presso il domicilio eletto che presso la sede reale, mentre alla controinteressata è stato notificato solamente presso il domicilio eletto. Per questi motivi, la trattazione del ricorso per motivi aggiunti contro l'aggiudicazione definitiva priva di interesse la parte ricorrente alla decisione del ricorso autonomo, con conseguente recessività della eccezione di inammissibilità di quest'ultimo per litispendenza, proposta dalla difesa della controinteressata.

II) Prima di esaminare il ricorso per motivi aggiunti, va intanto dichiarato inammissibile il ricorso incidentale, avente ad oggetto una mera controimpugnazione su capi dipendenti o connessi con quelli contrastati in via principale (posto che tende a far valere l'illegittimità dell'ammissione dell'offerta della ricorrente principale), poiché risulta proposto oltre i termini perentori decorrenti dal ricorso principale, termini che non ammettono dilazione o differimento ai successivi atti di impugnazione, costituiti dai motivi aggiunti.

IIa) Depone in tal senso la interpretazione della disposizione di cui all'art. 37, r.d. n. 1054 del 1924 - richiamato per i processi innanzi al Tar dall'art. 22, l. n. 1034 del 1971 – secondo il quale il termine per la proposizione del gravame incidentale è di trenta giorni dallo scadere del termine normativamente fissato per il deposito del ricorso principale (e, quindi, nelle controversie sottoposte allo speciale procedimento previsto dall'art. 23 bis, l. n. 1034 del 1971 il termine complessivo è di quarantacinque giorni dalla notifica del ricorso principale, dovendosi sommare i 15 giorni per il deposito del ricorso principale ai trenta giorni previsti dall'art. 37

citato: cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 08 ottobre 2008 , n. 8825), senza che possano trovare rilievo alcuno le questioni inerenti la ritualità o l'ammissibilità del ricorso introduttivo.

IIb) In particolare, non può essere considerata come una causa di differimento in tal senso, l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo proposta in relazione alla mancanza di una procura speciale, sia perché tale circostanza ammette la sanatoria ex art. 182 secondo comma cpc, per come modificato dall'art. 46, comma 1, della l. 69/2009 (espressamente richiesta, peraltro, dalla ricorrente), sia perché, più radicalmente, il computo dei termini di cui all'art. 37, r.d. n. 1054 del 1924 ha natura di previsione legale, a carattere normativo, ossia prescinde dalla ritualità e dalla ammissibilità del ricorso introduttivo.

IIc) Peraltro, il ricorso incidentale è volto a censurare l'ammissione alla gara della ricorrente, disposta con atti e provvedimenti che radicavano l'interesse oppositivo della controinteressata già al momento e per l'effetto della proposizione del ricorso principale. In quest'ultimo senso, non sussistono neppure ragioni sostanziali per considerare il secondo ricorso per motivi aggiunti (che parte controinteressata assume come riferimento processuale per il computo del termine per la proposizione del ricorso incidentale) quale presupposto legittimante la (tardiva, rispetto al ricorso introduttivo) proposizione del ricorso incidentale.

IId) Ancora, sotto altro profilo, la necessaria strumentalità processuale tra il ricorso introduttivo ed il ricorso incidentale proprio, ossia quello che è privo di autonomo interesse (che come tale è ammissibile anche nel giudizio di primo grado, TAR Reggio Calabria 26 gennaio 2009, nr. 43) comporta che, in caso di inammissibilità o improcedibilità del ricorso introduttivo, diverrebbe altrettanto improcedibile il ricorso incidentale ex art. 100 cpc, a meno della sua nuova riproposizione in opposizione ai successivi motivi di gravame (in particolare, a fronte della impugnazione con motivi aggiunti dell'aggiudicazione definitiva).

Poiché nella fattispecie all'esame odierno del Collegio, il ricorso incidentale non è comunque riproposto in connessione ai motivi di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, esso è ulteriormente inammissibile per questo ulteriore e distinto profilo.

IIe) Tutto ciò, infine, rende superfluo procedere all'esame della ulteriore questione relativa alla inammissibilità del ricorso incidentale, che risulta notificato solamente presso il domicilio eletto, ma non all'avvocato costituito, bensì alla parte personalmente.

III) La questione da esaminare ai fini della decisione del giudizio resta, dunque, circoscritta alle sole censure proposte da parte ricorrente all'aggiudicazione definitiva dell'appalto e tra queste la prima si presta ad essere accolta nel senso e nei limiti a seguire.

Con la prima e principale censura, parte ricorrente contesta che l'ammissione dell'ATI controinteressata sarebbe illegittima in quanto una delle due consociate è priva dei requisiti sostanziali di esperienza e qualificazione necessari per partecipare all'appalto, che risultano interamente posseduti dalla mandante. Quest'ultima, peraltro, si impegna all'esecuzione dell'appalto solamente in minima parte, rimanendo ascritta alla mandataria l'effettuazione delle maggiori parti delle prestazioni previste (più precisamente, la società CONTROINTERESSATA Sicilia Srl, capogruppo che possiede la totalità dei requisiti finanziari di ammissione alla gara, si impegna alla effettuazione delle prestazioni di sterilizzazione dei dispositivi medici per la sala operatoria, mentre la società CONTROINTERESSATA DUE Srl si impegna alla effettuazione di tutte le altre prestazioni di capitolato, ossia “lavaggio, stiratura della biancheria piana e confezionata e dei materassi e dei guanciali”; cfr. “dichiarazione congiunta resa ai sensi dell'art. 37 comma 2 del Dlgs 163 del 12/04/2006 come previsto all'art. 3 del Disciplinare di gara” sottoscritta il 16/06/2009 e versata in atti).

Secondo parte ricorrente, ciò costituirebbe violazione dell'art. 37 del Codice degli appalti e del regolamento di cui al DPR 554/99, applicabile per effetto del richiamo contenuto nella disposizione transitoria del Codice, art. 253 comma 9 del Codice degli appalti, perché il raggruppamento sarebbe stato illegittimamente ammesso in quanto una delle due componenti possiede i requisiti richiesti in misura inferiore al 10% nel minimo, e comunque non proporzionata alle obbligazioni che si prevede assumerà nell'esecuzione del contratto.

IIIa) Tale prospettazione può essere accolta solamente in parte e con opportune precisazioni.

Il regolamento di cui al DPR 554/99, all'art. 95, disciplina i requisiti dei raggruppamenti orizzontali nei soli appalti di lavori, ed è inapplicabile agli appalti di servizi (TAR Catania, II, 9 febbraio 2005, nr. 208). Né può deporre in senso diverso, nell'ambito del Codice dei Contratti, la norma transitoria di cui al menzionato art. 253 comma 9, perché quest'ultima richiama in maniera generica l'art. 37, all'interno del quale è chiaramente distinta la disciplina delle ATI negli appalti di lavori pubblici da quella degli appalti di servizi, in conformità alla diversa struttura dei due istituti nel vigore del precedente regime normativo di cui alla l. 109/94 e di cui al Dlgs 157/95, che non c'è ragione di ritenere essere stato alterato all'atto del suo recepimento nel Dlgs 163/06.

IIIb) La dogianza di parte ricorrente, invece, si rivela fondata nella misura in cui risulta una effettiva mancanza di corrispondenza tra la qualificazione reciproca delle due aziende riunite in ATI e la divisione dei compiti tra loro prospettata in relazione alla esecuzione delle prestazioni: infatti, la circostanza che di due imprese riunite in ATI orizzontale, l'una, che possiede una maggioranza preponderante della qualificazione, si impegni alla effettuazione di solo minima parte delle prestazioni di contratto e, viceversa, l'altra, in possesso di una qualificazione minoritaria o solo simbolica, si impegni all'esecuzione della maggior parte delle

prestazioni di contratto, viola l'art. 37 comma 13 del Codice, che sancisce il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione all'associazione di imprese, percentuale di esecuzione delle attività e quote di possesso dei requisiti tecnici ed economici, ponendo così una regola che risponde al fine di garantire la stazione appaltante in ordine alla effettiva capacità tecnico economica delle imprese aggiudicatarie dei servizi, le quali debbono essere in grado di far fronte alle obbligazioni contrattuali (T.A.R. Lazio Latina, 26 marzo 2010 , n. 386 ; T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 21 dicembre 2009 , n. 885;).

IIIc) In altri termini, nella disciplina dei raggruppamenti, le imprese sono libere di associarsi secondo le proprie strategie e senza particolari vincoli o condizionamenti, salvo che negli appalti di lavori pubblici, in relazione ai quali il legislatore ha fissato un requisito minimo di suddivisione dei requisiti di partecipazione e salva ogni diversa previsione di bando nel caso degli appalti di servizi. Tuttavia, alla suddivisione delle quote di qualificazione nell'ATI deve corrispondere, per evidenti motivi di certezza e qualità nell'esecuzione del contratto, una equivalente suddivisione di compiti nell'esecuzione delle prestazioni oggetto di appalto.

Così non risulta essere nell'appalto per cui è lite, posto che dagli atti di causa risulta che la gran parte (sia in senso quantitativo che economico) delle prestazioni oggetto del capitolato di appalto sono assunte dalla società CONTROINTERESSATA DUE.

L'accoglimento della censura determina che parte ricorrente non ha interesse all'esame delle ulteriori ragioni di gravame, che è da accogliersi disponendo l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva nella parte di interesse.

IV) Risulta dagli atti di giudizio che l'Amministrazione ha stipulato con la controinteressata il contratto di servizio in data 18 giugno 2010 e quindi prima dello spirare del termine dilatorio legale che è fissato dall'art. 11 comma 10 del

Dlgs 163/06 (trentacinque giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, che, nella fattispecie non risulta essere stata effettuata e, che, comunque, anche in considerazione della conoscenza effettiva dell'aggiudicazione, avvenuta il 19 maggio 2010 in camera di consiglio, non sono decorsi).

IVa) Ai sensi dell'art. 245 bis, comma 1, lett. "c", va dunque apprezzato se sussistono gli estremi per disporre l'inefficacia obbligatoria del contratto (ossia se risulta che il contratto stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10 del Dlgs 163/06 abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e se tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento).

Da quanto risulta agli atti di giudizio, deve affermarsi che non ricorrono gli estremi di cui all'art. 245 bis, comma 1 lett. "c".

Infatti, va escluso che il contratto stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10 del Dlgs 163/06 abbia privato la ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto posto che essa, con la proposizione dei motivi aggiunti contro l'aggiudicazione definitiva, ha già svolto tutte le proprie censure e, considerato l'andamento del giudizio in fase cautelare che si è articolato in quattro camere di consiglio, ha avuto modo di controdedurre esaustivamente alle eccezioni difensive di parte resistente e della controinteressata. Inoltre, va del pari escluso che la menzionata violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento laddove il contratto ha una validità di medio o lungo periodo (nella specie, triennale), si sostanzia in prestazioni di fornitura e di servizio a carattere essenzialmente lavorativo, quindi reiterate e ripetibili, non risulta abbia avere avuto un inizio di esecuzione (cosa che nella fattispecie deriva dalla nota dell'ASL depositata in atti,

prot.2483/DG del 25 giugno 2010 con la quale l'Azienda si auto vincola a sospendere la consegna dei lavori in attesa della decisione giudiziale), e dunque è ancora possibile che la ricorrente subentri nell'appalto senza apprezzabile sacrificio economico, né organizzativo.

Ne consegue che si deve ritenere che il contratto, pur stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, non ha privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione e tale violazione non ha influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere utilmente l'affidamento del servizio.

IVb) Ai sensi dell'art. 245 ter, tuttavia, tenuto conto degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della conseguente possibilità di subentrare nel contratto, posto che il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara ed è stata proposta la domanda di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto da parte della ricorrente, va dichiarata l'inefficacia del contratto a tali fini, con decorrenza che si stima congruo fissare a far data dal 1 agosto 2010, e con salvezza delle prestazioni eventualmente medio tempore assicurate dalla controinteressata.

In proposito si deve ritenere che ricorrono gli estremi di cui all'art. 245 ter del codice dei contratti nel caso di un appalto triennale misto di servizi e forniture, laddove il bando prevede che l'appalto verrà aggiudicato anche in presenza di una sola offerta (nella fattispecie, cfrr. il punto VI.4 del bando), la ricorrente è seconda in graduatoria rispetto alla controinteressata, l'ammissione alla gara della ricorrente è divenuta inoppugnabile (così come indicato nell'esame del ricorso incidentale), non sussistono altre offerte, dall'accoglimento del ricorso non deriva l'obbligo di riedizione del potere, il contratto, pur se stipulato, non risulta avere avuto un inizio di esecuzione e, comunque, anche se ciò dovesse essersi verificato, la durata del

contratto, la natura delle prestazioni oggetto di appalto (ripetitive e periodiche) ed il breve lasso di tempo intercorso tra la stipula del contratto e la decisione della lite, congiuntamente considerati, sono tutti elementi i quali comportano che la ricorrente può conseguire l'aggiudicazione senza apprezzabili sacrifici, né della Stazione appaltante, né della concorrente stessa.

IVc) Poiché è dichiarata l'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 245 ter del Dlgs 163/06, non sussistono gli estremi per l'applicazione delle sanzioni di cui al combinato disposto degli artt. 245 bis comma 4 e 245 quater, che presuppongono, quale condizione di legge per il procedimento sanzionatorio, il mantenimento dell'efficacia del contratto nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione.

V) Per tutte queste ragioni, dunque, in accoglimento del gravame, va annullata l'aggiudicazione definitiva, va dichiarata la conseguente inefficacia del contratto di appalto, a far data dal 1 agosto 2010, con salvezza delle prestazioni eventualmente medio tempore assicurate dalla controinteressata, e, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 245 quinquies del Dlgs 163/06, va dichiarato il diritto della ricorrente al subentro nell'appalto con decorrenza dalla medesima data.

VI) Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, ACCOGLIE i motivi aggiunti proposti nel ricorso nr. 93/2010 avverso l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in esame, che, per l'effetto, ANNULLA.

DICHIARA l'inefficacia del contratto di appalto a far data dal 1 agosto 2010, con salvezza delle prestazioni eventualmente medio tempore assicurate dalla controinteressata.

DICHIARA il diritto della ricorrente al subentro nell'appalto con decorrenza dalla medesima data.

CONDANNA l'Amministrazione resistente e la parte contro interessata, in solido tra loro, al pagamento degli onorari e spese del giudizio, che liquida in complessivi euro 3.000, oltre IVA, CPA, come per legge, rimborso spese generali nella misura del 12,50%, importo di notifica e contributo unificato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa e manda alla Segreteria giurisdizionale di comunicarne copia alle parti.

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Ettore Leotta, Presidente

Giuseppe Caruso, Consigliere

Salvatore Gatto Costantino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/07/2010

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

IL SEGRETARIO