

T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. I, 17 maggio 2010, n. 1524

Contratti della P.A. - Gara - Capacità economico-finanziaria - Mancata dimostrazione della dichiarazione riguardo il possesso del fatturato richiesto dal bando - Illegittimità dell'aggiudicazione – Sussiste.

N. 01524/2010 REG.SEN.

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 2347 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Fms Facility Management Services Italia Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Boifava, con domicilio eletto in Milano, c/o Segreteria T.A.R.;

contro

Azienda Ospedaliera Ospedale di Circolo di Busto Arsizio, rappresentato e difeso dagli avv. Filippo Martinez, Isabella Stella, con domicilio eletto presso Filippo Martinez in Milano, via Podgora 1;

nei confronti di

Automatic Varese Snc, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Broglia, con domicilio eletto presso Luciano Salomoni in Milano, via L. Ariosto, 30;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- 1) del provvedimento n. 487 del 29/07/2009, non producibile in quanto non disponibile, comunicato alla ricorrente in data 31/07/2009, a mezzo del quale l'Ente Ospedaliero decretava l'aggiudicazione definitiva della procedura ristretta indetta per l'affidamento del "servizio di somministrazione di bevande calde e fredde a mezzo distributori automatici occorrenti all'Azienda Ospedaliera "Ospedale di Circolo di Busto Arsizio" Presidi di Busto Arsizio e Tradate" in capo alla Automatic Varese S.n.c.;
- 2) della lettera di invito nella parte in cui prevedeva quale requisito minimo di partecipazione "il fatturato medio annuo dell'ultimo triennio 2005-2006-2007, risultante dalla sommatoria degli introiti annuali per servizi identici a quello oggetto di gara (somministrazione bevande calde e fredde), non inferiore ad euro 1.000.000,00", nella denegata ipotesi in cui si acceda all'interpretazione secondo cui il concorrente aggiudicatario aveva la facoltà di provare il possesso del requisito de quo attraverso documentazione non avente valore legale/certificativo;
- 3) di ogni altro provvedimento o atto amministrativo, comunque risalente all'amministrazione aggiudicatrice de qua, connesso od attuativo, ivi compresi quelli adottati in seno al sub procedimento di verifica avviato ai sensi degli artt. 86 comma 3 e 88 del D.Lgs. 163/2006, con particolare riguardo a quelli concernenti il giudizio di idoneità della documentazione prodotta dalla prima graduata in ordine alla richiesta di "certificazione del fatturato medio annuo dell'ultimo triennio 2005-2006-2007, risultante dalla sommatoria degli introiti annuali per servizi identici a quello oggetto di gara (somministrazione bevande calde e fredde), non inferiore a Euro 1.000.000,00 equivalente ad Euro 3.000.000,00 nel triennio. Tale comprova è fornita tramite la presentazione del bilancio con l'evidenza di quanto richiesto";

e per la conseguente CONDANNA della stazione appaltante, ai sensi e per gli effetti degli artt. 23 bis L. 1034/1971, 33 lett. d) e 35 del D. Lgs. 80/1998 e 245 D. Lgs. 163/2006:

IN PRINCIPALITA' ad aggiudicare l'appalto alla ricorrente, attività questa positivamente vincolata e da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito;

IN VIA SUBORDINATA, stante l'impossibilità di reintegrazione ex art. 2058, comma 1, c.c., al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo incedere procedimentale gravato, con conseguente DECLARATORIA dei criteri in base ai quali l'Ente resistente dovrà formulare una proposta di pagamento che dovrà comunque comprendere:

- i costi sostenuti per la partecipazione alla gara, come documentati in atti e/o comunque per il tramite di valutazione equitativa ex art. 1226 e 2056 c.c.;

- il danno professionale (id est curriculare) conseguente all'impossibilità di indicare nel prosieguo dell'attività, fra i requisiti di (pre)qualificazione per la partecipazione a procedure identiche e/o analoghe quanto ad oggetto a quella di cui è gravame, danno da liquidarsi equitativamente, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 1226 e 2056 c.c., nella misura pari al 4 %

dell'offerta formulata;

- il lucro cessante che la ricorrente avrebbe conseguito con l'aggiudicazione dell'appalto, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria (stante la responsabilità extracontrattuale e, per l'effetto, la natura di debito di valore del danno sofferto), dalla data dell'esclusione fino all'effettivo pagamento, da liquidarsi equitativamente, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1226 e 2056 c.c., nella misura pari ad euro 608.722,40 (somma questa comprensiva sia dell'importo che la ricorrente si è impegnata a riconoscere in ragione di numero 5 anni alla stazione appaltante pari

ad euro 345.874,60 - scorporato delle spese vive per le utenze < 22.000,00 > - sia del vero e proprio mancato guadagno pari ad euro 262.847,80 ;

Con salvezza, in ogni caso, rispetto alle somme ut supra liquidate della:

- rivalutazione monetaria dalla data di inizio del servizio a quella di deposito della decisione, disputandosi di un risarcimento del danno cioè di un debito di valore;

- degli interessi legali, secondo il tasso medio tempore vigente, sulle somme progressivamente rivalutate, a decorrere dalla data di inizio del servizio fino a quella di deposito della decisione, il tutto, ovviamente, in funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno;

- degli ulteriori interessi legali sulle somme come sopra dovute e calcolate, con computo a partire dalla data di deposito della decisione fino all'effettivo pagamento

atti impugnati con il ricorso principale;

4) del processo verbale delle operazioni di gara in data 22\12\2008 (cd. verbale di apertura dei plichi) nella parte in cui i preposti hanno ammesso alle successive fasi della selezione concorsuale la controinteressata, ancorchè costei non abbia rispettato la previsione prevista a pena d'esclusione "copia della presente < Lettera d'invito> e < Capitolato speciale > per presa visione ed accettazione, siglate in ogni pagina e sottoscritte dal soggetto legittimato ad impegnare la Ditta";
atto impugnato 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 Ospedale di Circolo di Busto Arsizio;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Automatic Varese Snc;

Visto il ricorso incidentale ed il motivo aggiunto di Automatic Varese Snc;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2010 il dott. Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come risultanti dal verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con delibera n. 708 del 16 ottobre 2008 l'Azienda Ospedaliera intimata indiceva una trattativa privata per l'affidamento quinquennale, rinnovabile fino ad ulteriori quattro anni, del servizio di somministrazione bevande calde e fredde a mezzo di distributori automatici occorrente all'Azienda Ospedaliera, Presidi Ospedalieri di Busto Arsizio e Tradate, ai sensi degli artt. 20 e 30 del d.lgs. n. 163/2006, ponendo a base d'asta un canone annuo complessivo stimato pari ad euro 79.000, IVA esclusa, di cui euro 22.000 per rimborso spese di erogazione corrente elettrica ed acqua, procedura da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente si classificava seconda con un punteggio di 59,23 (41 su 50 per l'offerta tecnica e 18,23 su 50 per quella economica), contro i punti 81,25 (31,25 su 50 per l'offerta tecnica e 50 su 50 per quella economica) della prima classificata Automatic Varese S.n.c.

Con il presente gravame, la ricorrente impugna l'aggiudicazione alla controinteressata, deducendo il seguente, articolato, motivo di diritto:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 71 D.P.R. 445/2000; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. con particolare riguardo al principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa; violazione e falsa applicazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica sub specie principio dell'autovincolo, di non discriminazione, di parità di trattamento e

dell'art. 27 d.lgs. 163/2006; eccesso di potere per illogicità, ingiustizia manifesta e sviamento della causa tipica.

Secondo l'assunto della ricorrente, l'amministrazione avrebbe aggiudicato la procedura alla controinteressata nonostante la stessa non avesse fornito idonea prova del possesso del requisito previsto a pena di esclusione concernente il fatturato medio annuo dell'ultimo triennio 2005-2006-2007, risultante dalla sommatoria degli introiti annuali per servizi identici a quello oggetto di gara (somministrazione bevande calde e fredde), non inferiore ad euro 1.000.000 (3.000.000 nel triennio) autocertificato in sede di presentazione dell'offerta, atteso che, in seguito all'invio di una specifica richiesta di documentazione probatoria avente valore legale da parte dell'amministrazione, la controinteressata si sarebbe limitata a produrre l'elenco dei clienti, alcuni contratti conclusi con gli stessi – privi delle relative fatturazioni – e mere autocertificazioni del fatturato, tutti atti privi di valenza legale, come invece richiesto dalla stazione appaltante.

La ricorrente ha, altresì, chiesto la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica ed, in subordine, per equivalente.

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione intimata e la società controinteressata, che hanno chiesto che il ricorso sia respinto per infondatezza nel merito, comunicando l'avvenuta sottoscrizione del contratto con l'aggiudicataria in data 31 luglio 2009, nonché l'avvio del servizio nel successivo mese di agosto.

Con decreto presidenziale n. 1249/09 del 3 novembre 2009, sono stati ordinati adempimenti istruttori concernenti la documentazione prodotta dalla controinteressata per comprovare il fatturato medio annuo nel triennio 2005-2006-2007, nonché le dichiarazioni fiscali concernenti l'ammontare del fatturato

realizzato dalla Automatic Varese nel triennio suddetto, adempiuti, rispettivamente, dall'amministrazione intimata e dall'Agenzia delle Entrate.

Con ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha dedotto la violazione della lex specialis di gara, atteso che il capitolato speciale d'appalto prodotto dalla controinteressata non sarebbe stato siglato in ogni pagina da entrambi i soci amministratori della stessa.

Con ricorso incidentale e con un successivo motivo aggiunto, la società controinteressata ha dedotto i seguenti motivi di diritto:

- 1) Illegittimità della mancata esclusione dalla procedura della ricorrente ai sensi dell'art. 38, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, atteso che sia il Presidente del Consiglio di Amministrazione di FMS Giancarlo Giorgi, in carica sino al 26 marzo 2008 (quindi nel triennio antecedente l'effettuazione della procedura), che il legale rappresentante della società, William Fabbro, avrebbero riportato una condanna per reati afferenti l'attività di somministrazione di prodotti alimentari e, perciò, incidenti sulla moralità professionale;
- 2) Erroneità del punteggio attribuito all'offerta tecnica della ricorrente principale;
- 3) Violazione del principio di proporzionalità tra l'importo a base d'asta previsto dalla lex specialis di gara e l'ammontare del fatturato medio annuo minimo previsto quale requisito di partecipazione;
- 4) Illegittimità dell'esperimento della verifica della congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, non prevista nell'ambito delle procedure regolate dagli artt. 20 e 30 del d.lgs. n. 163/2006.

Il 22 aprile 2010 è stata depositata in giudizio documentazione concernente l'avvio in data 5 marzo 2010 da parte dell'amministrazione intimata di un procedimento volto ad accertare se la documentazione acquisita fosse idonea a modificare la situazione giuridica del concorrente/contraente, procedimento conclusosi il 21

aprile 2010 con la conferma della precedente aggiudicazione avvenuta a favore di Automatic Varese S.n.c.

Successivamente le parti hanno presentato memorie a conferma delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 5 maggio 2010, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Con il presente gravame, la ricorrente, collocatasi seconda in graduatoria, impugna l'aggiudicazione alla controinteressata della trattativa privata indetta dall'Azienda Ospedaliera intimata per l'affidamento quinquennale, rinnovabile fino ad ulteriori quattro anni, del servizio di somministrazione bevande calde e fredde a mezzo di distributori automatici occorrente all'amministrazione per i Presidi Ospedalieri di Busto Arsizio e Tradate, ai sensi degli artt. 20 e 30 del d.lgs. n. 163/2006, procedura aggiudicata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con l'unico motivo dedotto, la ricorrente lamenta l'illegittimità dell'aggiudicazione, avvenuta in favore di un soggetto che non avrebbe fornito idonea prova del possesso del requisito previsto a pena di esclusione concernente il fatturato medio annuo dell'ultimo triennio 2005-2006-2007, risultante dalla sommatoria degli introiti annuali per servizi identici a quello oggetto di gara (somministrazione bevande calde e fredde), non inferiore ad euro 1.000.000 (3.000.000 nel triennio) autocertificato in sede di presentazione dell'offerta, atteso che, in seguito all'invio di una specifica richiesta di documentazione probatoria avente valore legale da parte dell'amministrazione, la controinteressata si sarebbe limitata a produrre l'elenco dei clienti, alcuni contratti conclusi con gli stessi – privi delle relative fatturazioni – e mere autocertificazioni del fatturato, tutti atti privi di valenza legale, come invece richiesto dalla stazione appaltante.

Per l'assunto dell'amministrazione intimata e della società controinteressata, al contrario, la documentazione prodotta dalla Automatic Varese a seguito delle richieste della stazione appaltante sarebbe pienamente idonea ad attestare la sussistenza del requisito del fatturato minimo richiesto dalla *lex specialis* di gara, che, in proposito, non faceva alcun riferimento a bilanci o altre scritture contabili o documentazioni fiscali.

Il collegio, dopo un approfondito esame della documentazione versata in atti e delle contrapposte deduzioni delle parti, ritiene che il ricorso sia fondato.

Deve premettersi in fatto che la lettera di invito, nell'ambito delle prescrizioni concernenti la documentazione amministrativa da allegare all'offerta (pag. 3), disponeva la presentazione di autocertificazione o dichiarazione sostitutiva atto di notorietà attestante tutti i requisiti e la capacità tecnica indicata nell'allegato n. 2 alla medesima lettera d'invito, precisando:

“Verranno ammesse le Ditte che abbiano il seguente requisito:

-il fatturato medio annuo dell'ultimo triennio 2005-2006-2007, risultante dalla sommatoria degli introiti annuali per servizi identici a quello oggetto di gara (somministrazione bevande calde e fredde), non inferiore a euro 1.000.000,00;”

Alla pagina 4, precisava, poi, che: “Ai sensi dell'art. 71 del D.P.R. n. 445/2000 l'Azienda potrà effettuare idonei controlli sulla veridicità della dichiarazione sostitutiva presentata.

In ottemperanza al principio di economicità degli atti ed alla normativa vigente in materia, l'Azienda potrà invitare i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”.

La controinteressata, nella domanda di partecipazione, autocertificava di aver svolto i seguenti principali servizi identici a quello oggetto di gara prestati negli ultimi tre anni (2005-2006-2007):

Somministrazioni di bevande calde e fredde con distributori automatici, nel periodo 2005-2006-2007, aventi come destinatari Goglio S.p.a. per un importo di euro 240.000 x 3 anni = 720.000; Merlett Tecnoplastic S.p.a. per un importo di euro 240.000 x 3 anni = 720.000; Chiaravalli S.p.a. per un importo di euro 168.000 x 3 anni = 504.000; Enoplastic per un importo di euro 168.000 x 3 anni = 504.000. Automatic Varese veniva ammessa alla procedura e conseguiva la migliore valutazione mediante la somma della votazione tecnica ed economica.

Al termine della seduta di apertura delle offerte economiche, in data 30 aprile 2009, la commissione decideva di richiedere alla stessa chiarimenti in merito all'offerta.

Con comunicazione in data 8 maggio 2009, la stazione appaltante richiedeva alla controinteressata la documentazione a giustificazione di vari punti dell'offerta, tra cui:

“Certificazione del fatturato medio annuo dell'ultimo triennio 2005-2006-2007, risultante dalla sommatoria degli introiti annuali per servizi identici a quello oggetto di gara (somministrazione bevande calde e fredde), non inferiore a Euro 1.000.000,00 equivalente ad Euro 3.000.000,00 nel triennio. Tale comprova è fornita tramite la presentazione del bilancio con l'evidenza di quanto richiesto”.

Con ulteriore nota del 28 maggio 2009, la stazione appaltante specificava alla Automatic Varese di comprovare gli elementi richiesti con la precedente lettera con particolare riferimento al fatturato medio annuo (triennio 2005 2006 2007) inerente il servizio in oggetto ed ai contratti autodichiarati in offerta, precisando che “il concorrente ha, ai sensi di legge, la più ampia facoltà di comprovarne il possesso mediante documentazione avente valore legale che sia riferita al concorrente e dalla quale in modo effettivo ed incontrovertibile risulti il possesso dei summenzionati elementi”.

In risposta a tali richieste di chiarimenti, la controinteressata produceva una nota con la quale precisava di non essere soggetta all'obbligo di redazione del bilancio,

in quanto società di persone, e di aver effettuato le registrazioni contabili e le conseguenti dichiarazioni fiscali solo fino a concorrenza del livello minimo determinato dall'applicazione degli studi di settore, allegando l'elenco autocertificato dei principali clienti serviti nel triennio interessato ed indicando per ciascuno di essi l'incasso medio annuo, il luogo di installazione dei distributori, il numero delle macchine, il numero di coloro che avrebbero avuto potenzialmente accesso al servizio ed il numero medio di somministrazioni annue suddiviso tra bevande calde, fredde e snack e relativi prezzi medi applicati, oltre che copia di alcuni contratti scritti attualmente in corso, ma senza produrre alcuna fattura.

L'elenco precedente veniva riprodotto in data 13 luglio 2009, sottoscritto in ogni singolo foglio con firma autentica dei legali rappresentanti ed autocertificato dagli stessi, unitamente alla stima dei ricavi e oneri.

Tale documentazione veniva ritenuta idonea dalla stazione appaltante a comprovare il possesso del requisito più volte menzionato.

In seguito ad istanza istruttoria della ricorrente, con decreto presidenziale n. 1249/09 del 3 novembre 2009 veniva, tra l'altro, ordinata dall'Agenzia delle Entrate la produzione delle dichiarazioni fiscali concernenti l'ammontare del fatturato realizzato dalla Automatic Varese nel triennio suddetto.

In ottemperanza a tale decreto, in data 16 novembre 2009 l'Agenzia delle Entrate, sede di Magenta, depositava copia delle dichiarazioni fiscali trasmesse dalla controinteressata per gli anni 2005, 2006 e 2007, precisando che dai rispettivi quadri VE (Determinazione del volume d'affari) delle dichiarazioni IVA emergevano i seguenti dati complessivi ed aggregati:

1. anno 2005 euro 558.137,00 (rigo VE40, UNICO Società di persone 2006);
2. anno 2006 euro 547.926,00 (rigo VE40, UNICO Società di persone 2007);
3. anno 2007 euro 384.835,00 (rigo VE40, UNICO Società di persone 2008).

Tanto premesso, il collegio ritiene che la documentazione prodotta dalla controinteressata non fosse idonea ad attestare il possesso del requisito del fatturato minimo nel triennio richiesto dalla *lex specialis* di gara, come, del resto, comprovato dal deposito delle dichiarazioni IVA riferite allo stesso triennio 2005-2006 e 2007, dalle quali si evince un fatturato di molto inferiore a quello autodichiarato in sede di offerta e di successivi chiarimenti.

Né, in proposito, paiono persuasive le difese delle controparti, che sembrerebbero rifarsi ad una facoltà di rettifica successiva in relazione alle dichiarazioni IVA, presentate dalla concorrente artatamente ribassate fino al minimo previsto dagli studi di settore allo scopo di eludere gli obblighi tributari.

Fino a prova contraria, che, nella fattispecie, non è stata fornita, si presume, infatti, che i dati dichiarati al fisco corrispondano al fatturato realmente conseguito dalla società, anche se si tratta di società di persone e non di capitali.

Nonostante sussista indubbiamente la facoltà per il concorrente di autocertificare ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000 il possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* in sede di presentazione dell'offerta, l'amministrazione, ai sensi dell'art. 71 del medesimo d.P.R., aveva l'obbligo di verificare la veridicità delle suddette dichiarazioni autocertificate, per il perseguimento dell'interesse pubblico a che il servizio venisse eseguito con un sufficiente livello di capacità economico-finanziaria.

Come risulta da un orientamento giurisprudenziale che il collegio ritiene di condividere, "dichiarazioni IVA e/o bilanci sono le uniche "fonti" riconosciute dalle stazioni appaltanti per dimostrare, sotto il profilo di un fatturato/volume d'affari minimo, la sussistenza o meno del requisito della capacità economica e finanziaria di cui all'attuale art. 41 d. lgs. n. 163/2006.

Non può, pertanto, condividersi la pretesa di parte ricorrente a che la verifica del suddetto requisito non fosse condotta sulla scorta di documenti ufficiali (bilanci o

dichiarazioni IVA degli ultimi tre esercizi, come correttamente richiesto dalla Commissione di gara), bensì alla stregua di una erronea nozione di fatturato globale (che si vorrebbe far coincidere con quella di "fatturato incassato e non incassato") e dei soli registri delle vendite” (TAR Emilia- Romagna, sez. I, 11 aprile 2008, n. 1424).

La determinazione di ancorare la prova del fatturato alla produzione del bilancio, delle dichiarazioni IVA o di altra documentazione equivalente, risponde, infatti, alla non irragionevole esigenza di attribuire rilievo ad elementi desumibili da dati certi, definitivi e dimostrabili, in congruenza con l'esigenza di assicurare la piena attendibilità delle indicazioni fornite in ordine ad un requisito di partecipazione alla procedura.

Del resto, la stessa stazione appaltante, in sede di istanza di chiarimenti, aveva richiesto di comprovare il fatturato medio annuo (triennio 2005 2006 2007) inerente il servizio in oggetto ed i contratti autodichiarati in offerta mediante la produzione del bilancio o, comunque “mediante documentazione avente valore legale che sia riferita al concorrente e dalla quale in modo effettivo ed incontrovertibile risulti il possesso dei summenzionati elementi”.

E la documentazione prodotta dalla controinteressata non rispondeva di certo alle analitiche richieste probatorie provenienti dalla stazione appaltante.

Il ricorso deve, dunque, essere accolto.

La fondatezza del ricorso principale impone al collegio l'esame di quello incidentale, con il quale la società controinteressata ha dedotto diverse censure concernenti l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente principale per violazione dell'art. 38, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, l'erronea valutazione attribuita all'offerta tecnica della stessa, la violazione del principio di proporzionalità tra l'importo a base d'asta previsto dalla lex specialis di gara e l'ammontare del fatturato medio annuo minimo previsto quale requisito di

partecipazione, oltre che l'illegittimità dell'esperimento della verifica della congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, non prevista nell'ambito delle procedure regolate dagli artt. 20 e 30 del d.lgs. n. 163/2006.

Tutte le succitate censure sono infondate.

Con riferimento al primo motivo, concernente l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente principale per l'assunta violazione dell'art. 38, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, atteso che sia il Presidente del Consiglio di Amministrazione di FMS Giancarlo Giorgi, in carica sino al 26 marzo 2008 (quindi nel triennio antecedente l'effettuazione della procedura), che il legale rappresentante della società, William Fabbro, avrebbero riportato una condanna per reati afferenti l'attività di somministrazione di prodotti alimentari e, perciò, incidenti sulla moralità professionale, deve osservarsi, riguardo alla medesima condanna di Giancarlo Giorgi, peraltro dichiarata in sede di presentazione dell'offerta, che, con sentenza n. 4802 del 15 ottobre 2009, questa sezione ha affermato: "Deve inoltre evidenziarsi che il fatto reato in relazione al quale è intervenuta la condanna in disamina (esposizione di alimenti in un bancone, presso una mensa, a temperatura di 4° superiore a quella prevista) è di lieve entità ed oggettivamente inidoneo ad incidere sul giudizio di affidabilità morale e professionale del concorrente come, peraltro, questo Tribunale ha avuto ripetutamente modo di rilevare in sede di pregressi contenziosi aventi ad oggetto la medesima questione relativa alla condanna dell'Amministratore Giorgi. (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, Ord. 11 ottobre 2006, n. 1946; Sez. III, Sent. 2 maggio 2006, n. 1124)", non sussistendo alcuna ragione per discostarsi dai propri precedenti.

Riguardo, invece, al decreto penale n. 366/06 emesso nei confronti di William Fabbro, lo stesso è stato dichiarato estinto con sentenza n. 95 del 30 luglio 2007, come risulta dalla documentazione versata in atti, non essendo, quindi, necessario dichiararlo ai sensi dell'art. 38 succitato.

Come risulta dal costante orientamento giurisprudenziale, infatti, nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti pubblici i reati commessi in passato dal partecipante e dichiarati estinti dalla competente Autorità giudiziaria sono ininfluenti in sede di valutazione della sua moralità professionale e non devono neppure essere dichiarati (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7257).

Con riferimento al secondo motivo dedotto, concernente l'assunta erroneità del punteggio attribuito dalla commissione giudicatrice all'offerta tecnica della ricorrente sotto diversi profili, il collegio, dopo aver esaminato la complessità dell'offerta presentata dalla ricorrente unitamente agli allegati, ritiene di riportarsi al consolidato orientamento giurisprudenziale per il quale il giudizio di attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche da parte della commissione di gara costituisce espressione di un potere tecnico discrezionale dell'amministrazione, di per sé insindacabile in sede giurisdizionale, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non siano abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto, caso che non ricorre nella fattispecie all'esame, sia per la localizzazione della sede fisica indicata nel progetto, sia per le caratteristiche tecniche dei distributori automatici che era possibile ricavare dallo stesso.

La terza censura dedotta, afferente l'assunta sproporzione tra l'importo a base d'asta previsto dalla lex specialis di gara e l'ammontare del fatturato medio annuo minimo previsto quale requisito di partecipazione, è irricevibile, atteso che, trattandosi di clausola immediatamente lesiva perché richiedente un requisito minimo di partecipazione alla gara, avrebbe dovuto essere impugnata nel termine di decadenza decorrente dalla conoscenza della stessa (cfr. per tutte Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2008, n. 3110).

Con riferimento, infine, al quarto motivo di gravame, concernente l'assunta illegittimità dell'esperimento della verifica della congruità dell'offerta

dell'aggiudicataria perchè non prevista nell'ambito delle procedure regolate dagli artt. 20 e 30 del d.lgs. n. 163/2006, premesso che, secondo l'orientamento giurisprudenziale che il collegio condivide, la stazione appaltante ha sempre il potere di verifica dell'attendibilità dell'offerta formulata da un concorrente anche al di fuori delle ipotesi specificamente individuate dal legislatore, nella fattispecie in questione, nonostante l'erroneo richiamo alla normativa degli artt. 86 ed 88 del d.lgs. 163/2006 effettuato dalla stazione appaltante, più che di verifica della congruità dell'offerta si è trattato di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione autodichiarati in sede di offerta, potere senza dubbio esistente anche nella procedura in questione.

Ne deriva l'infondatezza anche di tale ultima censura.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso principale va accolto, assorbendosi il motivo dedotto con il ricorso per motivi aggiunti, mentre il ricorso incidentale va respinto, disponendosi, per l'effetto, l'annullamento dell'aggiudicazione avvenuta a favore della controinteressata.

Si dispone, altresì, ai sensi dell'art. 245 *ter* del d.lgs. n. 163/2006, come introdotto dall'art. 10, comma 1, del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, l'inefficacia del contratto stipulato, decorrente dalla pubblicazione della presente decisione, in considerazione:

- della sussistenza di tutti i presupposti per la configurazione della responsabilità in capo alla stazione appaltante, ed in particolare dell'elemento soggettivo della colpa, avendo l'amministrazione ritenuto sufficiente per la verifica della sussistenza di un requisito di partecipazione alla procedura una documentazione diversa da quella originariamente richiesta, non munita della stessa valenza probatoria e contrastante con le risultanze della documentazione fiscale versata in atti, nonché dell'antigiuridicità del comportamento, che si identifica nell'aver emesso un provvedimento illegittimo, nel danno provocato alla ricorrente principale,

estromessa illegittimamente dall'aggiudicazione della presente procedura, nonché, infine, del nesso di causalità tra l'emissione dell'atto illegittimo e le conseguenze dannose provocate alla FNM;

- dell'interesse dell'amministrazione a che il servizio sia eseguito sin da subito da un soggetto provvisto di tutti i requisiti richiesti dalla lex specialis di gara;

- dell'effettiva possibilità per la società ricorrente, che seguiva l'aggiudicataria in graduatoria, di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, che afferivano esclusivamente la mancata prova di un requisito di partecipazione in capo all'aggiudicataria, non essendo, a tale scopo, necessaria alcuna valutazione discrezionale dell'amministrazione;

- dello stato di esecuzione del contratto, che si protrae da poco più di nove mesi a fronte di una durata contrattuale quinquennale, con possibilità di rinnovo per ulteriori quattro anni, come previsto alla pagina 10 della lettera d'invito;

- della possibilità di subentrare nel contratto della ricorrente, atteso che il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara e che l'interessata ha proposto la relativa domanda.

In proposito si ritiene che la norma succitata, in virtù della propria natura processuale, possa ricevere applicazione anche in giudizi, come quello di specie, instaurati in data antecedente all'entrata in vigore della stessa, in difetto di diversa disposizione transitoria.

In ogni caso, la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione illegittima annullata, dopo contrastanti orientamenti giurisprudenziali, è stata risolutivamente affermata anche dalla Suprema Corte di Cassazione con la decisione n. 2906, resa a sezioni unite il 10 febbraio 2010, nella quale risulta statuito che l'esigenza della cognizione del giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo procedimento e della valutazione

dei vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta che lo stesso giudice adito per l'annullamento degli atti di gara, che abbia deciso su tale prima domanda, possa conoscere pure della domanda del contraente pretermesso illecitamente dal contratto di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo.

La posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall'aggiudicatario, è, infatti, ad opinione della Suprema Corte, da trattare unitariamente dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della direttiva CE n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice. Tale soluzione è ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data dell'entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione al giudice amministrativo delle stesse nelle materie di giurisdizione esclusiva e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dalla stazione appaltante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara.

Né può costituire ostacolo all'applicazione di tale decisione nel caso di specie la circostanza per la quale la procedura consiste in una concessione di servizi stipulata ai sensi degli artt. 20 e 30 del d.lgs. n. 163/2006, atteso che a tale tipo di procedura sono applicabili i principi generali di libera concorrenza, libera circolazione dei servizi, trasparenza e parità di trattamento imposti dal Trattato, trattandosi di attività suscettibili di apprezzamento in termini economici.

In ogni caso, vertendosi in tema di profili afferenti l'oggetto e la sfera di incidenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che si estende a tutte le procedure di affidamento di contratti pubblici, ne risultano senza dubbio ricomprese le concessioni di servizi.

Si ritiene, infine, sussistendone tutti i presupposti succitati, di disporre la condanna al risarcimento del danno per equivalente dell'amministrazione intimata in relazione al periodo di pregressa esecuzione del contratto, che si reputa di liquidare in via equitativa nella somma pari ad euro 30.000, oltre ad interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo.

Sussistono giusti motivi, in considerazione delle peculiarità e delle novità delle questioni trattate, per compensare integralmente fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – prima sezione – accoglie il ricorso principale, respinge il ricorso incidentale e dichiara l'inefficacia del contratto stipulato, accogliendo, altresì, l'istanza di condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica ed in parte per equivalente. Il tutto, come in motivazione.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'amministrazione ed è depositata presso la segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Elena Quadri, Presidente FF, Estensore

Mauro Gatti, Referendario

Laura Marzano, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/05/2010

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

IL SEGRETARIO