

N. 01041/2014 REG.PROV.COLL.
N. 00844/2014 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 Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ai sensi dell'art. 60 cod.proc.amm.

sul ricorso n. 844 del 2014 proposto dal “Consorzio di Cooperative L'Arcolaio - Cooperativa sociale” e da “La Strada di Piazza Grande - Società cooperativa sociale”, in persona dei rispettivi rappresentanti legali p.t., difesi e rappresentati dall'avv. Antonio Tolone e dall'avv. Roberto Manservigi, e presso gli stessi elettivamente domiciliati in Bologna, via Santo Stefano n. 16;

contro

il Comune di Bologna, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giulia Carestia e dall'avv. Maria Montuoro, ed elettivamente domiciliato in Bologna, piazza Maggiore n. 6, presso l'Avvocatura comunale;

nei confronti di

“Solaris - Cooperativa sociale Onlus”, in persona del rappresentante legale p.t., difesa e rappresentata dall’avv. Andrea Santachiara, con domicilio presso la Segreteria del Tribunale;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale prot. gen. n. 205712/2014 del 14 luglio 2014, con cui il Comune di Bologna ha disposto l’aggiudicazione definitiva alla “Solaris - Cooperativa sociale Onlus” della gestione triennale di una residenza temporanea notturna denominata «Rostom», sita in via Pallavicini n. 12;

di ogni altra determinazione ad essa collegata, compresi i verbali di gara e il disciplinare (*in parte qua*), e compresa la nota comunale in data 26 settembre 2014 adottata all’esito dell’informativa ex art. 243-*bis* del d.lgs. n. 163 del 2006;

.....*per l'accertamento*.....

del diritto all’aggiudicazione dell’appalto e al subentro nel relativo contratto, previa declaratoria di inefficacia di quello eventualmente stipulato;

in via subordinata, del diritto al risarcimento per equivalente monetario.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bologna e di “Solaris - Cooperativa sociale Onlus”;

Vista l’istanza cautelare delle ricorrenti;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il dott. Italo Caso;

Uditi alla Camera di Consiglio del 30 ottobre 2014 i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 60 cod.proc.amm., che consente l'immediata assunzione di una decisione di merito, con "sentenza in forma semplificata", ove nella Camera di Consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare il giudice accerti la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e nessuna delle parti dichiara che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione;

Considerato che con determinazione dirigenziale prot. gen. n. 53670/2014 del 3 marzo 2014 il Comune di Bologna indiceva una procedura aperta per l'affidamento della gestione triennale di una residenza temporanea notturna denominata «Rostom», sita in via Pallavicini n. 12, con importo a base d'asta pari a € 865.385,00 e con il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

che, all'esito della gara, veniva disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio a "Solaris - Cooperativa sociale Onlus" (v. determinazione dirigenziale prot. gen. n. 205712/2014 del 14 luglio 2014), mentre l'offerta del "Consorzio di Cooperative L'Arcolaio - Cooperativa sociale" (che aveva individuato "La Strada di Piazza Grande - Società cooperativa sociale" quale impresa designata all'esecuzione del servizio) risultava collocata alla seconda posizione della graduatoria finale;

che, successivamente, con nota in data 26 settembre 2014, adottata a séguito dell'informativa ex art. 243-*bis* del d.lgs. n. 163 del 2006, l'Amministrazione comunale rigettava la richiesta di annullamento in autotutela dell'atto di aggiudicazione definitiva dell'appalto;

che avverso gli atti di gara, *in parte qua*, hanno proposto impugnativa le ricorrenti, deducendone l'illegittimità sotto molteplici profili;

che si sono costituiti in giudizio il Comune di Bologna e "Solaris - Cooperativa sociale onlus", resistendo al gravame;

che alla Camera di Consiglio del 30 ottobre 2014, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione;

Ritenuta fondata, ed assorbente di ogni altra doglianza (ivi compresa quella che lamenta il mancato accesso all'offerta tecnica della controinteressata), la censura con cui le ricorrenti denunciano la mancata esclusione della ditta aggiudicataria, per avere essa omissa di menzionare, in sede di dichiarazione del possesso dei requisiti ex art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, il provvedimento di risoluzione del contratto di gestione di un "centro diurno integrato" adottato a suo carico dal Comune di Arcore in data 18 dicembre 2013 per gravi inadempienze contrattuali, quale ipotesi astrattamente riconducibile alla fattispecie escludente di cui alla lett. f) del comma 1 (*"...che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante"*);

che, come ancora recentemente osservato dalla giurisprudenza (v. Cons. Stato, Sez. III, 5 maggio 2014 n. 2289), l'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 impone, a pena di esclusione, la dichiarazione di pregresse risoluzioni contrattuali anche se relative ad appalti affidati da altre stazioni appaltanti e richiede che a detta dichiarazione in ogni caso l'offerente provveda, per spettare all'Amministrazione la valutazione, caso per caso, della gravità dell'errore professionale, con esclusione di qualsiasi "filtro" del concorrente in sede di domanda di partecipazione;

che non rileva, poi, l'insussistente annotazione del fatto nel casellario informatico di cui all'art. 7, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006, limitando la norma ad altri casi l'imprescindibilità di tale presupposto formale, ed operando quindi quell'annotazione come una mera forma di pubblicità di per sé non ostativa ad una diversa valutazione in concreto della stazione appaltante circa la rilevanza dei precedenti atti di risoluzione contrattuale;

che non è neppure necessario, peraltro, che le pregresse infrazioni siano state oggetto di accertamento in sede giurisdizionale, ma è sufficiente il verificarsi del fatto storico della risoluzione del contratto – anche se ancora eventualmente pendesse un giudizio –, per essere richiesta una simile condizione dall'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 limitatamente ad altre cause di esclusione, non con riferimento a quella dell'errore professionale (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 21 gennaio 2011 n. 409);

che, in conclusione, la ditta aggiudicataria avrebbe dovuto dichiarare di essere incorsa in una risoluzione di appalto con altra Amministrazione pubblica per gravi inadempienze contrattuali, al fine di consentire al Comune di Bologna di pronunciarsi in concreto su quel precedente e stabilire se le circostanze all'origine dello stesso fossero tali da escluderne l'affidabilità;

che, trattandosi di “adempimento doveroso” imposto dalla norma e neppure suscettibile di rimedio attraverso il c.d. “soccorso istruttorio” (v. Cons. Stato, Sez. III, n. 2289/2014 cit.), illegittimamente l'Amministrazione resistente ha confermato l'aggiudicazione dell'appalto una volta venuta a conoscenza di tale omissione;

che, pertanto, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento *in parte qua* degli atti di gara e subentro delle ricorrenti nella gestione del servizio (in quanto da poco tempo avviato), previo accertamento del possesso dei requisiti di affidamento dell'appalto;

Considerato, in definitiva, che – stante la sussistenza dei presupposti di legge – la Sezione può decidere con “sentenza in forma semplificata”, ai sensi dell’art. 60 cod.proc.amm.;

che nel corso della Camera di Consiglio il Collegio ha avvertito i presenti dell’eventualità di definizione del giudizio nel merito;

che le spese di lite seguono la soccombenza del Comune di Bologna e della controinteressata, e vengono liquidate come da dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l’effetto, annulla *in parte qua* gli atti di gara, con subentro delle ricorrenti nella gestione del servizio, previo accertamento del possesso dei requisiti di affidamento dell'appalto.

Condanna il Comune di Bologna e la ditta “Solaris - Cooperativa sociale Onlus” al pagamento delle spese di lite, ciascuna nella misura complessiva di € 3.000,00 (tremila/00), oltre agli accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità Amministrativa.

Così deciso in Bologna, nella Camera di Consiglio del 30 ottobre 2014, con l’intervento dei magistrati:

Carlo d'Alessandro, Presidente

Italo Caso, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/10/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)