



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 Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 635 del 2018, proposto da Domus Cooperativa Sociale S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Perrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Maria Antonietta Nigro in Lecce, via Nullo D'Amato n. 2;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Taranto, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Giuseppe Rellea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento contenuto nella delibera n. 14 del 23.4.2018 con la quale è stata disposta l'esclusione dalla gara indetta per l'affidamento del servizio triennale a supporto dell'assistenza socio sanitaria assistenziale nelle cure domiciliari integrate (ADI) per l'ambito territoriale distrettuale e dipartimentale riabilitativo e della Rete

SLA della Azienda Sanitaria Locale di Taranto, della ricorrente Domus soc. coop. Sociale;

del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria della Coop. Soc. DOMUS per la partecipazione alla gara predetta, protocollo n. 78311 del 30/04/2018;

della nota n. 71530 del 17.04.2018 a firma del Direttore generale;

del provvedimento recante l'annullamento della gara;

del provvedimento di nomina della commissione di gara, nonché, ove occorra del *“Codice di comportamento dei dipendenti pubblici”* approvato con deliberazione n. 272 del 12 marzo 2014 e modificato con deliberazione n. 199 del 31.1 gennaio 2017;

del provvedimento di segnalazione all'ANAC;

di ogni altro atto o provvedimento, ancorché non conosciuto, lesivo degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Asl di Taranto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2018 la dott.ssa Katuscia Papi e uditi per le parti i difensori avv. M. Perrone per la ricorrente e avv. P. G. Rella per la P.A.;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- con Deliberazione n. 2097 del 17 ottobre 2016 l'Azienda Sanitaria Locale di Taranto indiceva procedura aperta in modalità telematica per l'affidamento del servizio a supporto dell'assistenza socio sanitaria assistenziale nelle cure domiciliari integrate per l'ambito distrettuale e dipartimentale riabilitativo e della rete SLA della medesima ASL, con il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa;

- il termine di scadenza per la presentazione delle offerte veniva fissato dal bando di gara, pubblicato sulla G.U.R.I. l'8 marzo 2017, nelle ore 12,00 del 20 aprile 2017;

- con Determinazione del Direttore dell'Area Gestione del Patrimonio n. 415 del 29 maggio 2017 venivano ammesse alla gara dieci ditte, tra le quali la Domus Cooperativa Sociale S.r.l., che aveva presentato la propria offerta il 13 aprile 2017;

- con Deliberazione n. 1158 del 25 maggio 2017 veniva nominata la Commissione Giudicatrice ai sensi dell'art. 77 D. Lgs. 50/2016, ai fini della valutazione delle offerte tecniche;

- tra i soggetti nominati a far parte di detta Commissione c'era il Dr. Oliviero Capparella, dipendente della ASL di Taranto e autorizzato dal datore di lavoro a rivestire, su incarico alla Domus Cooperativa Sociale S.r.l., la posizione di Direttore Responsabile Sanitario presso la Casa di Riposo San Francesco De Geronimo di Grottaglie, gestita da detta società;

- il rapporto di collaborazione tra il Dr. Capparella e la Domus era cessato, a seguito di dimissioni presentate dal sanitario mediante nota del 20 aprile 2017, con effetti decorrenti dal 30 aprile 2017;

- in data 5 giugno 2017 venivano aperte le buste contenenti le offerte tecniche;

- il 13 giugno 2017 si insediava la Commissione Giudicatrice, dando atto "*della insussistenza di alcuna causa di incompatibilità all'espletamento della funzione affidata ai componenti*";

- in data 10 aprile 2018, ultimata la valutazione delle offerte tecniche, si dava corso all'apertura delle offerte economiche e alla successiva formazione di graduatoria, nella quale si posizionava al primo posto la Domus Cooperativa Sociale S.r.l.;

- con nota Prot. 71530 del 17 aprile 2018 il Direttore Generale della ASL segnalava al RUP del procedimento di gara la posizione di possibile conflitto di interesse sussistente in capo al membro della Commissione Dr. Capparella, avendo egli ricoperto, fino al 30 aprile 2018, la posizione di Direttore Responsabile Sanitario

presso la Casa di Riposo San Francesco De Geronimo di Grottaglie, gestita dalla Domus Cooperativa Sociale S.r.l.;

- la titolarità dell'incarico di Direttore Responsabile Sanitario della struttura veniva infatti rimossa mediante la lettera di dimissioni volontarie presentata dal Dr. Capparella in data 20 aprile 2017, con decorrenza individuata dal medesimo nel 30 aprile 2017, e dunque risalente ad epoca successiva rispetto alla presentazione dell'offerta da parte della Domus S.r.l.;

- l'amministrazione appaltante, preso atto del rapporto professionale già sussistente tra la ditta vincitrice e il membro della Commissione, riteneva sussistente un conflitto d'interesse e, con la Deliberazione del Commissario Straordinario n. 14 del 23 aprile 2018, disponeva: 1) *“di dichiarare decaduto dall'incarico di componente della Commissione Giudicatrice, nominata per l'affidamento del servizio a supporto dell'assistenza socio sanitaria assistenziale nelle cure domiciliari integrate (ADI) per l'ambito territoriale distrettuale e dipartimentale riabilitativo e della rete SLA della Azienda Sanitaria Locale di Taranto, il dipendente (matr. n.70099) per non aver reso noto il conflitto d'interessi in cui versava al momento dell'accettazione dell'incarico, in quanto già in rapporto di collaborazione (fino al 30/4/2017) con la Cooperativa Sociale Domus, partecipante alla procedura in oggetto; 2) di disporre la trasmissione degli atti all'Ufficio Procedimenti Disciplinari e all'Autorità Giudiziaria per gli accertamenti di relativa competenza; 3) di escludere dalla procedura di gara la Cooperativa Sociale Domus, per aver omesso di dichiarare la situazione di conflitto di interessi in cui versava e per avere reso falsa dichiarazione in merito al possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016; 4) di dare atto che l'acclarato conflitto di interesse e l'accertata conseguente distorsione della concorrenza e disparità di trattamento nella valutazione delle offerte tecniche di tutti gli operatori economici partecipanti ha viziato insanabilmente l'operato della Commissione Giudicatrice, con la conseguente impossibilità di proseguire legittimamente l'iter di*

gara e per l'effetto di disporre l'annullamento dell'intera procedura e di tutti gli atti alla stessa correlati; 5) di comunicare il presente provvedimento ai soggetti economici partecipanti alla procedura di gara in oggetto; 6) di demandare all'Area Gestione del Patrimonio gli adempimenti consequenziali relativi alle dovute segnalazioni all'ANAC ed alle altre Autorità competenti, per i profili strettamente connessi alla procedura di gara; 7) di dichiarare il presente atto immediatamente esecutivo ai sensi dell'art.3 comma 26 della L.R. n°40/2007, ad avvenuta pubblicazione sul sito istituzionale dell'azienda.”

- il suddetto provvedimento era seguito dalle note del Direttore Area Gestione e Patrimonio della ASL di Taranto, Dr. Pasquale Nicolì, Prot. 78311 del 30 aprile 2018 e Prot. 91600 del 22 maggio 2018, dirette ad escutere, presso la Elba Assicurazioni S.p.a., la polizza presentata dalla Domus Cooperativa Sociale S.r.l.;

Atteso che:

- la Deliberazione del Commissario Straordinario n. 14/2018 e le note di escussione del Direttore dell'Area Patrimonio venivano impugnate dalla Domus Cooperativa Sociale S.r.l. con il ricorso introduttivo del presente giudizio, affidato ai seguenti motivi, e assistito da istanza di sospensione in via cautelare dell'efficacia degli atti gravati: *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 42, 77, 80 e 85 del d.lgs 50 del 2016. Violazione e falsa applicazione degli artt. 60 e 61 del D.P.R. n. 3 del 1957 nonché dell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001; nonché dell'art. 1, comma 41, della Legge 190/2012 che ha introdotto l'art. 6-bis nella Legge 241/1990; nonché dell'art. 7 del DPR n. 62 del 16.4.2013; nonché del D.Lgs. 8 aprile 2013 n. 39. Violazione e falsa applicazione del <<Codice di comportamento dei dipendenti pubblici>> approvato con deliberazione n. 272 del 12.3.2014 e modificato con deliberazione n. 199 del 31.1.2017. Eccesso di potere per sviamento e falsa rappresentazione dei presupposti di fatto.”;*

- la ASL di Taranto di costituiva in giudizio con memoria depositata il 25 giugno 2018, con la quale chiedeva che venisse dichiarata l'inammissibilità del ricorso e, in via gradata, che lo stesso venisse rigettato;

- all'udienza camerale del 27 giugno 2018 la ASL di Taranto sollevava l'eccezione di carenza di giurisdizione con riferimento alle domande afferenti all'escussione della polizza fidejussoria;
- alla medesima udienza camerale del 27 giugno 2018 la causa veniva trattenuta in decisione;

Presa in esame, preliminarmente, l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse in capo alla Domus, sollevata da parte resistente nella memoria di costituzione in giudizio, il Collegio ritiene, sul punto, che:

- non siano fondate le argomentazioni dedotte da parte resistente, secondo le quali la Domus non avrebbe interesse a impugnare l'esclusione disposta nei propri confronti per essere stato adottato, nel frattempo, dalla stazione appaltante, il provvedimento di annullamento dell'intera procedura;
- l'annullamento dell'esclusione comporterebbe infatti, in capo alla ricorrente, un beneficio immediato, diretto ed effettivo consistente, quanto meno, nella caducazione consequenziale della segnalazione all'Anac;
- del resto, la Domus impugnava, con il proprio ricorso, anche il suddetto annullamento d'ufficio della procedura, nel presupposto dell'assenza del conflitto di interesse, facendo valere il proprio interesse a conservare la prima posizione in graduatoria, risultante dall'espletata procedura;
- la Domus Cooperativa Sociale S.r.l. ha dunque interesse a ricorrere e l'atto introduttivo del presente giudizio risulta, sotto tale aspetto, ammissibile;

Considerato:

- che la posizione del Dr. Capparella, in quanto membro della Commissione Giudicatrice, configurava il caso, delineato dall'art. 42 comma 2 D. Lgs. 50/2016, del personale della stazione appaltante (*dipendente ASL*) che interveniva nella procedura (*membro della Commissione*) e, in quanto portatore di un indiretto interesse personale (*poiché collaboratore di Domus S.r.l., una delle ditte*

partecipanti alla gara, all'epoca della predisposizione e della presentazione dell'offerta da parte di questa), poteva essere "percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto";

- che la possibile percezione di non terzietà risulta tanto più evidente laddove si consideri che il Dr. Capparella cooperava con la Domus, nello stesso settore che era oggetto della gara, in epoca nella quale la società predisponiva il contenuto dell'offerta tecnica e di quella economica, atti essenzialmente segreti fino all'apertura delle relative buste, della cui consistenza egli potrebbe essere venuto a conoscenza, o alla cui predisposizione potrebbe addirittura aver collaborato;
- che sussiste pertanto, nella fattispecie oggetto del giudizio, un conflitto di interessi, nei termini sopra descritti;
- che, l'attività espletata dal Dr. Capparella quale membro della Commissione ha pertanto inficiato gli atti della procedura posti in essere dalla Commissione;
- che deve pertanto ritenersi legittimo il provvedimento di annullamento d'ufficio adottato dalla ASL per l'intera procedura, con conseguente reiezione del gravame articolato dalla Domus nei confronti di tale atto;

Considerato inoltre che:

- risulta invece illegittimo il provvedimento di esclusione della Domus S.r.l.;
- il provvedimento di esclusione veniva infatti adottato dalla stazione appaltante con la seguente motivazione: *"per aver omesso di dichiarare la situazione di conflitto di interessi in cui versava e per avere reso falsa dichiarazione in merito al possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del D.Lgs. n.50/2016"*;
- la dichiarazione di Domus S.r.l., resa all'atto della presentazione dell'offerta, e attestante l'assenza di situazioni di conflitto d'interesse non può ritenersi falsa;
- risulta infatti dagli atti di causa che l'insorgenza del conflitto sopra descritto, rilevante ex art. 42 D. Lgs. 50/2016, interveniva solo successivamente alla nomina del Dr. Capparella a membro della commissione giudicatrice;
- l'atto di nomina della Commissione da parte della ASL di Taranto risale in effetti

al 25 maggio 2018, allorquando il termine per la presentazione delle offerte era già spirato;

- è dunque evidente che nessuna dichiarazione avrebbe potuto essere resa, in tal senso, da parte della Domus Cooperativa Sociale S.r.l., in sede di presentazione dell'offerta e di dichiarazione afferente alla sussistenza dei requisiti di partecipazione;

- la motivazione posta a fondamento dell'esclusione è dunque affetta da travisamento dei fatti e contraddittorietà, con conseguente sussistenza del vizio di eccesso di potere, nonché dell'ulteriore vizio della violazione di legge, con riferimento all'art. 3 L. 241/90;

Atteso, inoltre, che:

- l'esclusione dalla gara viene considerata dal legislatore come provvedimento di extrema ratio, da adottarsi solo in ipotesi nelle quali il conflitto di interessi non risulti rimuovibile con differenti strumenti: *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni [...]: [...] d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto d'interesse ai sensi dell'art. 42 comma 2, non diversamente risolvibile [...]”* (art. 80 comma 5 D. Lgs. 80/2016);

- nel caso di specie, la situazione di conflitto sopra descritta ben avrebbe potuto essere integralmente eliminata attraverso la mera rimozione del Dr. Capparella dalla Commissione giudicatrice della gara e, in presenza di attività già espletata, attraverso l'annullamento d'ufficio della procedura - provvedimenti, del resto, entrambi adottati dall'amministrazione procedente nella Deliberazione n. 14/2018, rispettivamente al punto 1 e al punto 4;

- risulta pertanto del tutto ultronea, ai fini della rimozione del conflitto, l'esclusione della società ricorrente;

- il provvedimento di esclusione è pertanto altresì viziato da violazione di legge con riferimento all'art. 80 comma 5 lettera “d” D. Lgs. 50/2016;

Ritenuto, per quanto sopra:

- che il provvedimento di esclusione sia illegittimo per i motivi indicati e, per conseguenza, debba essere annullato;
- che, congiuntamente all'esclusione della Domus S.r.l., debba essere in via consequenziale caducato il provvedimento di segnalazione della società ricorrente all'Anac, in quanto avente titolo nella disposta e annullata esclusione;
- con riferimento alla domanda di annullamento del provvedimento di escussione della polizza fidejussoria, di ritenere fondata l'eccezione, sollevata da parte resistente, di carenza di giurisdizione del g.a. in quanto, per indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato: *“La controversia avente ad oggetto l'escussione di una polizza fideiussoria concessa a garanzia di somme dovute (pur con riferimento a materie rientranti nella giurisdizione esclusiva del g.a.) rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, attesa l'autonomia di tale rapporto, nell'ambito del quale l'Amministrazione agisce senza esercitare, neppure mediatamente, pubblici poteri”* (Cass. civ. Sez. Unite, 23 febbraio 2010, n. 43199; TAR Lombardia – Brescia, sez. II, n. 199/2012);
- di dichiarare, conseguentemente, l'inammissibilità del ricorso, limitatamente a tale ultima domanda (volta all'annullamento degli atti di escussione della garanzia prestata), stante la giurisdizione del giudice ordinario, con applicazione dell'art. 11 comma 2 c.p.a., a norma del quale: *“Quando la giurisdizione è declinata dal giudice amministrativo in favore di altro giudice nazionale o viceversa, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda se il processo è riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione, entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato”*;

Ritenuto altresì:

- di disporre, in virtù della soccombenza reciproca, la compensazione delle spese di

giudizio;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

1 - limitatamente alla domanda di annullamento dei provvedimenti di escussione della polizza fidejussoria, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione, con salvezza degli effetti ai sensi dell'art. 11 comma 2 c.p.a.;

2 - lo accoglie nei limiti di cui in motivazione con riferimento alla domanda di annullamento della Delibera del Commissario Straordinario n. 14/2018, e per l'effetto annulla la disposta esclusione della Domus Cooperativa Sociale S.r.l. e la segnalazione all'ANAC;

3 - lo rigetta nella restante parte.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare il Dr. Oliviero Capparella.

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Katiuscia Papi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Katiuscia Papi

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.