

Pubblicato il 04/02/2022

N. 00099/2022 REG.PROV.COLL.

N. 00664/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 664 del 2021, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
Mcr S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'avvocato Francesco Antonio Caputo, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

contro

Comune di Bolgare, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato
e difeso dall'avvocato Andrea Mascetti, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Piazzale Luigi
Cadorna n. 2;

nei confronti

Soc. Pidama a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, e Pietro
Vincenzo Giuseppe Infusino, rappresentati e difesi dall'avvocato Domenico Bezzi,

con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Krystyna Anna Szczesniak, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

A) Quanto al ricorso introduttivo:

- della determina di aggiudicazione definitiva 10.09.2021, n. 25 assunta dall'Amministrazione intimata, con cui, in esito alla procedura inerente l'affidamento in concessione “della gestione della farmacia comunale CIG 8728945948”, la gara è stata aggiudicata in favore del costituendo R.T.I. composto dal Dott. Pietro Vincenzo Giuseppe Infusino e dalla Dott.ssa Krystyna Anna Szczesniak,
- della prodromica determina di aggiudicazione provvisoria n. 18 del 19.07.2021;
- della comunicazione di non aggiudicazione prot. n. 10361/VIII.4-1 del 13.09.2021;
- di tutti gli altri atti preordinati connessi e consequenziali, e così di tutti i verbali di gara, con particolare riferimento ai seguenti:
 - verbale di gara del 18.06.2021 con cui la S.A. non commina l'esclusione dalla gara della controinteressata;
 - verbale di gara del 13.07.2021 in cui la S.A. ha proceduto alla “proposta di aggiudicazione” in favore dell'operatore economico “Pietro Vincenzo Giuseppe Infusino” in r.t.i.;

con declaratoria del diritto della ricorrente ad assumere la posizione di prima graduata

e di inefficacia del contratto ove stipulato fra l'Ente Appaltante e l'aggiudicatario della gara,

e – in via subordinata – per la declaratoria di illegittimità integrale della gara e di accertamento della illegittimità del relativo comportamento della S.A. resistente, e con riserva di correlata azione risarcitoria ovvero indennitaria.

B) Quanto ai motivi aggiunti proposti il 30/11/2021:

- della nota del Comune di Bolgare del 21.10.21 di riscontro alla richiesta di annullamento in autotutela;
- per la declaratoria di accertamento della illegittimità del comportamento della stazione appaltante per non aver svolto indagine di inesistenza della incompatibilità riscontrata in capo a Krystyna Anna Szczesniak e per il mancato esercizio del potere di dichiarare la decadenza dell'aggiudicatario,
- e con riserva di richiedere, con separato giudizio, il risarcimento dei danni subiti e subendi.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bolgare, della Società Pidama a r.l. e di Pietro Vincenzo Giuseppe Infusino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dr. Ariberto Sabino Limongelli nella udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2022, svoltasi da remoto ex art. 7 bis del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, convertito con l. 16 settembre 2021, n. 126, e uditi i difensori delle parti come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato tramite piattaforma SINTEL in data 11 maggio 2021, il Comune di Bolgare ha indetto una procedura aperta per l'affidamento in concessione, per un periodo di trentacinque anni, della gestione della farmacia comunale di nuova istituzione, da aggiudicare mediante il criterio dell'offerta al massimo rialzo rispetto al canone concessorio posto a base di gara, con soglia minima di sbarramento del 3%.
2. All'esito della valutazione delle tre offerte pervenute e ammesse, con determinazione del responsabile del Settore Polizia Locale n. 25 del 10 settembre 2021, la gara è stata aggiudicata a favore del costituendo R.T.I. composto dal Dott.

Pietro Vincenzo Giuseppe Infusino (mandatario) e dalla Dott.ssa Krystyna Anna Szczesniak (mandante), che ha offerto un rialzo dell'8,530%, mentre al secondo posto si è collocata la società MCR s.r.l., con un rialzo del 4,111%.

Nel provvedimento di aggiudicazione la stazione appaltante ha dato atto che con comunicazione ricevuta il 2 settembre precedente, i componenti del raggruppamento aggiudicatario avevano comunicato di essersi nel frattempo costituiti in apposita società, denominata PIDAMA s.r.l., che sarebbe subentrata nei diritti e negli obblighi del raggruppamento aggiudicatario.

Con pec del 13 settembre 2021, è stata data comunicazione dell'aggiudicazione ai diretti interessati e agli altri due concorrenti.

3. Il successivo 22 settembre 2021 è stato stipulato il contratto di concessione relativo alla gara *de qua* tra il rappresentante dell'amministrazione comunale e il dott. Pietro Vincenzo Giuseppe Infusino, quale amministratore unico e legale rappresentante della società PIDAMA s.r.l.

4. Con ricorso notificato il 14 ottobre 2021 e ritualmente depositato, la società MCR s.r.l., seconda classificata, ha impugnato il provvedimento di gara e gli ulteriori atti della procedura meglio indicati in epigrafe e ne ha chiesto l'annullamento sulla base di tre motivi, i primi due dedotti in via principale e diretti a conseguire l'annullamento dell'aggiudicazione ai fini del subentro della ricorrente nell'aggiudicazione stessa, previa declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata; il terzo dedotto in via dichiaratamente subordinata, diretto a conseguire l'annullamento dell'intera procedura di gara ai fini della sua riedizione.

5. Con successivi motivi aggiunti notificati il 21 e il 22 novembre 2021 e ritualmente depositati, la ricorrente ha impugnato la nota del Comune di Bolgare del 21 ottobre 2021 con cui è stata respinta l'istanza della ricorrente di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione. Avverso il provvedimento impugnato, la ricorrente ha esteso, in

particolare, le medesime censure dedotte con il secondo e il terzo motivo del ricorso introduttivo, arricchendole di ulteriori considerazioni.

6. Il Comune di Bolgare si è costituito in giudizio con atto di stile, successivamente integrato, in prossimità dell'udienza di merito, dal deposito di documentazione e di memoria difensiva, contestando la fondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti e chiedendone il rigetto.

7. Si è costituito in giudizio anche il controinteressato dott. Pietro Vincenzo Giuseppe Infusino, in proprio e quale mandatario capogruppo dell'apposito R.T.I. e della società PIDAMA s.r.l., anch'egli depositando dapprima atto di mero stile, e successivamente, in vista del merito, documentazione e memoria difensiva, eccependo preliminarmente l'irricevibilità del ricorso introduttivo per tardività, in quanto notificato in data 14 ottobre 2021 a fronte della comunicazione dell'aggiudicazione effettuata in data 13 settembre 2021; in subordine, nel merito, chiedendo il rigetto del ricorso perché infondato.

8. La parte ricorrente ha depositato una memoria di replica nel termine di rito.

9. All'udienza pubblica del 26 gennaio 2022, la causa è stata discussa oralmente da remoto dai difensori delle parti costituite e, all'esito, trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. L'eccezione di tardività del ricorso introduttivo formulata dalla difesa della parte controinteressata è infondata dal momento che il provvedimento di aggiudicazione è stato notificato via pec alla controinteressata in data 14 ottobre 2021 (cfr. doc. 5 parte ricorrente); rispetto a tale data il ricorso è tempestivo, in quanto notificato in data 14 novembre 2021, corrispondente all'ultimo giorno utile.

2. Nel merito, peraltro, il ricorso (come integrato dai motivi aggiunti) è infondato sotto tutti i profili dedotti.

2.1. Con il primo motivo la parte ricorrente ha dedotto l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione sul rilievo che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per avere la mandante dott.ssa Krystyna Anna Szczesniak omesso di allegare la dichiarazione ex art. 80 d. lgs. n. 50/2016 sul possesso dei requisiti morali di partecipazione e il correlato DGUE, entrambi richiesti dalla legge di gara a pena di esclusione in capo a ciascuno degli operatori economici componenti l'R.T.I. (artt. 5.2 lett. a) e 5.3. del bando di gara).

La censura, osserva il Collegio, è smentita documentalmente dagli atti di gara prodotti in giudizio.

La difesa dell'Amministrazione ha infatti documentato che la mandante del raggruppamento aggiudicatario dott.ssa la Dott.ssa Szczesniak ha allegato alla domanda di partecipazione sia la dichiarazione ex art. 80 d. lgs. 50/2016 (doc. 25) sia il documento unico di gara europeo (doc. 26), entrambi recanti la firma digitale dell'interessata.

2.2. Con il secondo motivo del ricorso introduttivo e con il primo motivo aggiunto, la parte ricorrente ha dedotto l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione sul rilievo che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso in quanto la mandante Dott.ssa Krystyna Anna Szczesniak versava nella causa di incompatibilità prevista dall'art. 3.5 del bando (punto 1, pag. 6) – secondo cui “*La gestione della farmacia comunale è incompatibile (...) con l'esercizio della professione medica*” – risultando la medesima iscritta all'Albo Provinciale dei Medici Chirurghi di Agrigento a far tempo dal 30.09.1980 (doc. 10 ricorrente).

Anche tale censura è infondata.

Il bando di gara prescriveva, nel “*nota bene*” redatto in calce all'art. 3.5, che “1) *La gestione della farmacia è incompatibile (...) con l'esercizio della professione medica*” e che “2) (...) *L'eventuale incompatibilità dovrà essere rimossa prima della sottoscrizione del contratto (...)*”.

La difesa dell'Amministrazione ha prodotto in giudizio certificazione dell'Ordine provinciale dei Medici Chirurghi e Odontoiatri della Provincia di Agrigento del 15 ottobre 2021 (doc. 27) - atto pubblico facente piena prova fino a querela di falso - nella quale si attesta che la dottoressa Szczesniak, iscritta all'Albo provinciale dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri di Agrigento in data 30 settembre 1980, è stata cancellata dall'Albo per "*cessazione attività*" in data 24 agosto 2021, e quindi prima della sottoscrizione del contratto, avvenuta il 22 settembre 2021, e prima dello stesso provvedimento di aggiudicazione della gara in esame, adottato il 10 settembre precedente.

Pertanto, sia alla data dell'aggiudicazione sia a quella della sottoscrizione del contratto, la mandante dott.ssa Szczesniak aveva provveduto a rimuovere la causa di incompatibilità prevista dal bando di gara, in perfetto ossequio a quanto previsto dalla legge di gara.

2.3. Infine, con il terzo e ultimo motivo del ricorso introduttivo e con il secondo motivo aggiunto, dedotti in via dichiaratamente subordinata, la parte ricorrente ha dedotto l'illegittimità dell'intera procedura di gara sul rilievo che la determina a contrarre relativa alla procedura *de qua* non sarebbe stata preceduta dalla relazione prevista dall'art. 34 comma 20 del D.L. n. 179/2012 (convertito in L. 221/12) finalizzata a dare evidenza, in tutti i casi di affidamento di servizi pubblici locali a rilevanza economica, "delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta", e quindi, nel caso di specie, delle ragioni per cui sia stata preferita l'indizione di una procedura aperta in luogo di un affidamento diretto (mediante ricorso al mercato, o partenariato pubblico privato tramite società mista, ovvero mediante un affidamento in house). Anche quest'ultima censura è infondata.

L'art. 34 comma 20 del D.L. n. 179 del 18.10.2021 (convertito nella L. n. 221/2012) dispone che "Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare

il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”.

Peraltro, il comma 25 dello stesso articolo precisa che “I commi da 20 a 22 non si applicano (...) alla gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475. (...)”.

Ciò comporta che nel caso di specie l'indizione della gara in esame, concernendo l'affidamento della gestione di una farmacia comunale, non era subordinata alla previa redazione della relazione in questione.

Nondimeno, va anche osservato che l'amministrazione comunale, nella motivazione della deliberazione consiliare di indirizzo n. 4 del 10 marzo 2021, ha diffusamente esposto le ragioni sottese alla forma di gestione prescelta tra le diverse opzioni astrattamente perseguibili ai sensi dell'art. 9 della L. n. 475/68 e s.m.i., anche mediante richiamo ai principi espressi nella deliberazione ANAC del 23 aprile 2014 e nel parere della Corte dei Conti Sezione Regionale di Controllo n. 489 del 26 settembre 2011 (cfr. all. 1- doc.13 Comune, depositato il 5 gennaio 2022).

3. In conclusione, alla luce delle considerazioni di cui sopra, il ricorso deve essere conclusivamente respinto.

4. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e integrato da motivi aggiunti, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite, che liquida in € 4.000,00 (quattromila) in favore dell'Amministrazione resistente e in € 4.000,00 (quattromila) in favore della parte controinteressata, oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Brescia, in collegamento da remoto, ai sensi e per gli effetti degli art. 7 bis del d.l. 23 luglio 2021, n. 105, convertito con l. 16 settembre 2021, n. 126, e dell'art. 13 quater delle n.t.a. del c.p.a., nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2022, con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere, Estensore

Luca Pavia, Referendario

L'ESTENSORE
Ariberto Sabino Limongelli

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO