

N. 01044/2014 REG.PROV.CAU.

N. 02044/2014 REG.RIC.



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 2044 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Isi - Italia Servizi Integrati Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Sansone, presso lo studio del quale ha eletto domicilio in Milano, via G. B. Bazzoni, 2;

*contro*

Azienda Ospedaliera Istituto Ortopedico Gaetano Pini, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Avolio, presso lo studio del quale ha eletto domicilio in Milano, via Gian Galeazzo n. 16;

*nei confronti di*

Consorzio Lombardo Cooperative Produzione Lavoro e Servizi Co.Lo.Coop.Soc.Coop., rappresentato e difeso dagli avv. Marco Luigi Di Tolle, Sara Beretta, con domicilio eletto presso Marco Luigi Di Tolle in Milano, viale Bianca Maria, 21;

*per l'annullamento*

*previa sospensione dell'efficacia,*

- quanto al ricorso principale e al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 23 luglio 2014
- della deliberazione n. 218 del 21 maggio 2014 con la quale l'amministrazione ha esercitato il potere di recesso dal contratto stipulato con l'ATI Co.Lo.Coop soc. coop (capogruppo) a seguito della trasmissione di informativa antimafia a carico della sola mandataria Co.Lo.Coop, senza disporre la prosecuzione con le mandanti ISI s.p.a. e CNS- Consorzio Nazionale Servizi soc. coop.;
- della deliberazione n. 245 del 18 giugno 2014 con la quale l'Azienda Ospedaliera ha indetto una nuova procedura negoziata per l'affidamento dei servizi residui già relativi al contratto oggetto del recesso.

Nonché per la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Istituto Ortopedico Gaetano Pini e di Consorzio Lombardo Cooperative Produzione Lavoro e Servizi Co.Lo.Coop.Soc.Coop.;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 luglio 2014 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuta la sussistenza dei presupposti per la concessione della tutela cautelare, in quanto:

- l'art. 37 del d.l.vo 2006, n. 163 consente all'amministrazione, anche nei casi previsti dalla normativa antimafia, di proseguire il rapporto di appalto quando gli

operatori non toccati dall'informativa sfavorevole abbiano costituito un nuovo raggruppamento nelle forme delineate dalla norma stessa e dispongano dei requisiti necessari per eseguire le prestazioni residue;

- la norma precisa che “non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto”, sicché introduce una relazione di precedenza tra la verifica delle condizioni e l'esercizio del potere di recesso;

- nel caso di specie la stazione appaltante ha adottato la determinazione di recesso senza interpellare preventivamente gli operatori interessati e senza la previa valutazione dei presupposti per la prosecuzione del rapporto, da svolgere, secondo i criteri generali, nel contraddittorio con gli operatori interessati, così precludendo di fatto a questi ultimi la possibilità di manifestare, nelle forme previste, la volontà di proseguire nel rapporto e di dimostrare il possesso dei necessari requisiti;

Ritenuta la sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione degli atti impugnati;

Ritenuta l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione di una cauzione, in quanto l'art. 40, comma 1 lett. b), del d.l. n. 90/2014, deve essere disapplicato per incompatibilità comunitaria, nella parte in cui stabilisce l'obbligo di subordinare necessariamente l'efficacia della misura cautelare alla prestazione di una cauzione, atteso che tale previsione risulta contrastante con gli artt. 1 e 2 della direttiva comunitaria 2007, n. 66, che impongono agli Stati membri l'adozione di misure idonee a garantire, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, procedure di ricorso accessibili ed efficaci, senza alcuna discriminazione tra i vari operatori in dipendenza della loro diversa capacità finanziaria.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

Accoglie la domanda cautelare contenuta nel ricorso principale e nel ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto sospende gli atti impugnati.

Compensa tra le parti le spese della fase cautelare della lite.

Fissa per la trattazione del merito l'udienza pubblica del 12 novembre 2014, ad ore di rito.

La presente ordinanza 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 29 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Primo Referendario

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/07/2014

IL SEGRETARIO

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