

**Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – Milano, Sezione Quarta, Ordinanza del 30 luglio 2014 n. 1040 che disapplica l'art. 40 del d.l. n. 90/2014, nella parte in cui prevede l'obbligo di subordinare necessariamente l'efficacia della misura cautelare in materia di appalti pubblici alla prestazione di una cauzione, essendo in contrasto con la normativa comunitaria**

**La massima**

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 (*a cura della redazione della Camera Amministrativa e Comunitaria della Campania*).

**La sentenza**

**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 2068 del 2014, proposto da:

Cesare Vaiani, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Adavastro e Paolo Re, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via Cerva, 20;

*contro*

Comune di Vidigulfo in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Versaci e Cristina Carnielli, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via Durini, 5;

*nei confronti di*

[www.cameraamministrativacampania.com](http://www.cameraamministrativacampania.com)

Caduceo S.C.A.R.L., rappresentata e difesa dall'avv. Gianluigi Sguazzi, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale in Milano, via Corridoni n. 39;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

-Della determina n.66 del 16\5\2014 del Responsabile del Settore IV del Comune di Vidigulfo, successivamente conosciuta, a mezzo della quale sono stati approvati i verbali di gara per la concessione del servizio di gestione pluriennale della farmacia comunale di via Aldo Moro, ed è stata al contempo disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto di concessione del servizio di gestione pluriennale della farmacia comunale di via Aldo Moro al concorrente Caduceo Scarl.

-Di ogni altro atto ad esso presupposto, connesso e/o comunque consequenziale, ivi compresi:

- I verbali delle tre sedute dell'Organo di Gara.

- L'intervenuto provvedimento di aggiudicazione provvisoria a favore della controinteressata Caduceo Scarl.

-La comunicazione del Responsabile del Servizio del 16\5\2014, Prot.n.2714, comunicata il successivo 3\6\2014, a mezzo della quale è stata data notizia al ricorrente dell'intervenuta aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata Caduceo Scarl.

- Per quanto occorrere possa, delle formule attributive dei punteggi economici contenute nel Bando di Gara, ove mai dovessero interpretarsi nel senso che gli elementi d'offerta da inserirsi nelle medesime debbano ricomprendere i valori economici a base d' asta.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Vidigulfo in Persona del Sindaco P.T. e di Caduceo S.C.A.R.L.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla ricorrente incidentale Caduceo S.C. A R.L.;

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 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che non ricorra la condizione essenziale richiesta dall'A.P. del Consiglio di Stato n. 9/2014 affinché il preliminare esame del ricorso incidentale risulti decisivo per la definizione della controversia e che comunque lo stesso sia infondato, almeno dalla sommaria delibazione possibile in sede cautelare;

Ritenuto che l'eccezione di irricevibilità del ricorso principale sia da disattendere;

Ritenuto, altresì, che il ricorso principale risulti fornito del necessario fumus boni iuris almeno con riferimento al primo motivo di gravame, concernente l'errata applicazione della formula matematica prevista per il calcolo del punteggio dell'offerta economica, che ha portato la commissione di gara ad omettere l'applicazione del criterio di proporzionalità nella valutazione di tale componente dell'offerta;

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;

Ritenuto che sussistono giusti motivi, in relazione alle peculiarità della controversia, per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio della presente fase cautelare;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), accoglie la suindicata domanda incidentale di sospensione.

Fissa la trattazione del merito della causa all'udienza pubblica del 13 novembre 2014.

Spese compensate.

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

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Mauro Gatti, Primo Referendario

DEPOSITATO IN SEGRETERIA IL 30 LUGLIO 2014