

Publicato il 02/05/2017

N. 00348/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00028/2017 REG.RIC.

 logo

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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 28 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Eco Soc. Coop. Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio eletto presso il T.A.R. Umbria in Perugia, via Baglioni, 3;

contro

Comune di Assisi, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Tosca Molini, con domicilio eletto presso lo studio Isabella Sorbini in Perugia, piazza Italia, 11;

nei confronti di

A.S.A.D. - Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Bracarda e Michele Bromuri, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Perugia, via del Sole n. 8;

per l'annullamento

- quanto al ricorso introduttivo:

1) del provvedimento di esclusione emesso dalla Stazione appaltante nei confronti della Coop. ECO dalla procedura di gara per l'affidamento dei servizi di assistenza scolastica a favore di alunni disabili;

- quanto ai motivi aggiunti presentati da ECO SOC. COOP. ONLUS il 3 febbraio 2017:

1) del provvedimento del Comune di Assisi prot. n. 1655 del 17 gennaio 2017 di escussione della polizza fideiussoria;

2) della nota del Comune di Assisi prot. n. 1981 del 18 gennaio 2017 di comunicazione del provvedimento di esclusione e di rigetto del preavviso di ricorso della Società ECO Soc. Coop. prot. n. 23/br;

3) della determinazione dirigenziale n. 1249 del 29 dicembre 2016 di aggiudicazione definitiva, mai conosciuta, così come comunicata solo con nota prot. n. 1981 del 18 gennaio 2017. Nonchè: a) del provvedimento di esclusione emesso dalla Stazione appaltante nei confronti della Coop. ECO

dalla procedura di gara per l'affidamento dei servizi di assistenza scolastica a favore di alunni disabili; b) del provvedimento di aggiudicazione emesso in favore della Coop. A.S.A.D. - Associazione Servizi Assistenza Domiciliare - Società Cooperativa Sociale c) dei verbali di gara tutti, con particolare riferimento al verbale di gara del 20 dicembre 2016; d) del bando di gara, del disciplinare di gara e del Capitolato Speciale di appalto laddove interpretati ovvero interpretabili così come fatto dalla Stazione appaltante; e) della nota della Stazione appaltante del 18 gennaio 2017 di rigetto del preavviso di ricorso trasmesso in data 13.1.2017; f) ove per quanto lesiva, della deliberazione di G.M. del Comune di Assisi n. 192 del 17 novembre

2016; g) ove e per quanto lesiva, della determinazione del Comune di Assisi n. 1078 del 24 novembre 2016; h) ove e per quanto lesivo, di ogni altro provvedimento presupposto, consequenziale e connesso, anche non conosciuto, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di servizio ove esistente ed ove sottoscritto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Assisi e di A.S.A.D. - Società Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2017 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto di ricorso notificato il 19 gennaio 2017 la società Eco Soc. Coop. Onlus ha adito l'intestato Tribunale per chiedere l'annullamento del provvedimento, meglio in epigrafe riportato, di esclusione della medesima società dalla procedura di gara indetta dal Comune di Assisi per l'affidamento del servizio di assistenza scolastica in favore degli alunni disabili, nonché dei relativi atti di gara.

2. Nel merito, il gravame è stato affidato ai seguenti motivi:

I. Violazione e falsa applicazione di legge (Artt. 30 comma 1, 36, 83 comma 8 d.lgs.50/2016, Art.3 L. 241/90, Artt. 75, 76 DPR

445/2000, Art. 97 Cost.), violazione e falsa applicazione della lex specialis (artt. 2, 3, 17 lex specialis), nonché difetto ovvero carenza di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità ovvero irragionevolezza manifesta, atteso che il provvedimento di esclusione, così come confermato con nota del 18 gennaio 2017 di rigetto del preavviso di ricorso, si baserebbe su una presunta “dichiarazione infedele” della odierna ricorrente concernente il personale da impiegare nel servizio oggetto di gara.

II. Violazione e falsa applicazione di legge (Artt. 31, 32, 77 D.lgs. 50/2016, Determinazione ANAC n. 1096 del 26.10.2016), incompetenza ovvero carenza di attribuzione, difetto ovvero carenza di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità ovvero irragionevolezza manifesta, atteso che in fase di valutazione delle offerte tecniche, la Commissione avrebbe inspiegabilmente ritenuto di dover avviare una fase di valutazione della sussistenza della veridicità delle informazioni e/o documentazioni allegate dalla odierna ricorrente.

III. Violazione e falsa applicazione di legge (Artt. 30 comma 1, 36, 95 D.lgs. 50/2016, Art. 97 Cost.), violazione del principio di proporzionalità, difetto ovvero carenza di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità ovvero irragionevolezza manifesta, atteso che la società ricorrente non avrebbe potuto essere esclusa dalla procedura di gara in quanto, chiarita l'assenza di qualsivoglia dichiarazione mendace, risulterebbe comunque in possesso di tutti i requisiti di partecipazione; in ogni caso, la presunta dichiarazione infedele rientrerebbe al massimo nell'ipotesi di falso innocuo non suscettibile di essere sanzionata con l'esclusione dalla gara.

IV. Violazione e falsa applicazione di legge (Artt. 30 comma 1, 36, 95 D.lgs. 50/2016, Art 97 Cost.), violazione e falsa applicazione della lex specialis (artt. 17 e 18 lex specialis), difetto ovvero carenza di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità ovvero irragionevolezza manifesta, atteso che la illegittimità del provvedimento di esclusione emesso nei confronti della odierna ricorrente, così come accertata nei motivi che precedono, avrebbe come inevitabile conseguenza la illegittimità del provvedimento di aggiudicazione emesso in favore della odierna contro interessata A.S.A.D. Associazione Servizi Assistenza Domiciliare Soc. Coop. Soc. in quanto lo stesso sarebbe stato adottato senza prima procedere alla valutazione della offerta tecnica ed economica della medesima ricorrente, la quale ben avrebbe potuto presentare una offerta migliore di quella risultata aggiudicataria.

3. Con successivo atto per motivi aggiunti la società ricorrente ha impugnato il provvedimento prot. n. 1655 del 17 gennaio 2017 di escussione della polizza fideiussoria, la nota del Comune 18 gennaio 2017 già impugnata con il ricorso introduttivo, nonché la delibera di aggiudicazione n. 1249 del 29 dicembre 2016, come comunicata nella suddetta nota del 18 gennaio 2017.

3.1. Nello specifico la società ricorrente ha formulato le seguenti, ulteriori, doglianze:

I. Illegittimità del provvedimento del Comune di Assisi prot. n. 1655 del 17.1.2017 di escussione della polizza fideiussoria, per violazione e falsa applicazione di legge (art. 93 D.lgs. 50/2016), atteso che l'art 93, comma 6, del d.lgs. 50/2016, nel prevedere che la garanzia provvisoria "copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una

condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo”, non contemplerebbe la possibilità per la stazione appaltante di escutere la polizza della cauzione provvisoria in caso di dichiarazioni mendaci, stante la mancanza di una previsione della portata dell’art. 48 comma 6 d.lgs. 163/06, a tenore del quale “nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l’applicazione dell’articolo 38, lettera h) nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia”.

II. Violazione e falsa applicazione di legge (Art. 95 comma 2, 97 comma 3 d.lgs. 50/2016), difetto ovvero carenza di istruttoria, illogicità ovvero irragionevolezza manifesta e difetto di motivazione, atteso che, avendo la società aggiudicataria ottenuto un punteggio superiore ai 4/5 di quelli attribuibili per l’offerta tecnica (67 su 70 e dunque >56) e per l’offerta economica (30/30 e dunque > 24), la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla verifica di congruità ai sensi dell’art. 97 comma 3 d.lgs. 50/2016, a tenore del quale “quando il criterio di aggiudicazione è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara”.

3.2. Ripropone infine la società ricorrente le medesime censure di cui all’atto introduttivo del presente gravame, per poi concludere per l’annullamento dei provvedimenti impugnati.

4. Il Comune di Assisi si è costituito in giudizio per resistere al ricorso, contestando le doglianze ex adverso svolte e concludendo per il loro rigetto.
5. Si è altresì costituita in giudizio la società aggiudicataria insistendo anch'essa per il rigetto del gravame.
6. Con ordinanza in data 8 febbraio 2017, il Collegio ha respinto la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo, “alla luce delle evidenti e consistenti anomalie riscontrate dalla stazione appaltante in ordine alla offerta di parte ricorrente”.
7. Alla pubblica udienza del giorno 21 marzo 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con la presente impugnativa si pone all'esame del Collegio la legittimità dei provvedimenti con i quali il Comune di Assisi ha escluso la società Eco Soc. Coop. Onlus dalla procedura di gara indetta dal Comune di Assisi per l'affidamento del servizio di assistenza scolastica in favore degli alunni disabili ed escusso la cauzione fideiussoria versata dalla predetta società.
2. Con il primo motivo di ricorso, la società ricorrente contesta il provvedimento con il quale è stata esclusa dalla procedura selettiva, nella parte in cui si sostiene la non veridicità e/o mendacità delle dichiarazioni relative al personale da impiegare nel servizio oggetto di gara, come dalla medesima riportate in sede di offerta tecnica.
 - 2.1. Il motivo è infondato.
 - 2.2. Dalla documentazione versata in atti, non può infatti dubitarsi dell'assenza in capo alla ricorrente della “documentazione atta a comprovare la presenza in organico di almeno 30 addetti a servizi

identici così come richiesto nell'All. n. 3, lettera c), punto 3" di cui al capitolato speciale/disciplinare di gara, richiesta a pena di esclusione dalla procedura.

2.3. Quanto detto è comprovato, in particolare, dalle dichiarazioni rese di alcuni dei soggetti che la società ricorrente ha dichiarato di voler utilizzare per il servizio in questione, i quali hanno invero rappresentato alla stazione appaltante ogni estraneità e l'assenza di qualsivoglia rapporto di lavoro con detta società.

2.4. Né è possibile ritenere che la richiesta disponibilità di n. 30 operatori da impiegare per il servizio in questione possa essere surrettiziamente intesa quale requisito di esecuzione e non di partecipazione alla procedura selettiva, deponendo in senso contrario il chiaro tenore della legge di gara, nella parte in cui si chiede espressamente ai concorrenti "documentazione atta a comprovare la presenza in organico di almeno n. 30 unità di cui al punto C)" (cfr., artt. 15 e 16 del disciplinare).

3. Con il secondo motivo di ricorso, la società ricorrente sostiene che la commissione di gara, nel procedere a valutare l'attendibilità e la veridicità delle dichiarazioni riportate nell'offerta tecnica, avrebbe travalicato i compiti ed i poteri ad essa riconosciuti, in quanto tale verifica avrebbe dovuto essere effettuata dal rup così come previsto dal punto 5.2. della determinazione Anac n. 1096 del 26 ottobre 2016 (Linee guida n. 3, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni»), a tenore del quale "Il controllo della documentazione amministrativa, è svolto dal RUP, da un seggio di gara istituito ad hoc oppure, se presente nell'organico della stazione appaltante, da un apposito ufficio/servizio a ciò

deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante”.

3.1. Il motivo è infondato.

3.2. Dalla documentazione in atti risulta infatti che la verifica circa la veridicità delle dichiarazioni in contestazione è stata effettivamente svolta dal r.u.p. (dott.ssa Angela Gatto), come specificatamente individuato nel bando di gara.

3.3. Ciò è facilmente riscontrabile, in particolare, dalla corrispondenza a mezzo mail intercorsa tra lo stesso r.u.p. ed i soggetti che hanno negato ogni coinvolgimento e/o rapporto lavorativo con la società ricorrente, sebbene ricompresi da quest'ultima nell'ambito del proprio personale, nel vano tentativo di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 15 del disciplinare di gara.

3.4. Ne consegue che, contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso, la commissione giudicatrice non ha assolutamente invaso le competenze attribuite del r.u.p. in tema di controllo della documentazione amministrativa prodotta in sede di gara, essendosi soltanto limitata, come di sua competenza, a non procedere alla ulteriore valutazione dell'offerta tecnica della società ricorrente, alla luce “della palese infedeltà riscontrata” nelle dichiarazioni rese da quest'ultima (cfr., verbale di gara del 20 dicembre 2016).

4. Con il terzo motivo di ricorso, la società ricorrente sostiene che non avrebbe potuto essere esclusa dalla procedura di gara in quanto, chiarita l'assenza di qualsivoglia dichiarazione mendace, risulterebbe comunque in possesso di tutti i requisiti di partecipazione; in ogni caso, la presunta dichiarazione infedele rientrerebbe nell'ipotesi di

falso innocuo non suscettibile di essere sanzionata con l'esclusione dalla gara.

4.1. Anche detto motivo appare destituito di fondamento.

4.2. Deve infatti rilevarsi che la palese infedeltà delle dichiarazioni in contestazione e dunque l'impossibilità di configurare in ordine alle stesse un'ipotesi di falso innocuo, appare definitivamente comprovata, sia da quanto rilevato dalla commissione giudicatrice nel verbale delle operazioni di gara del 20 dicembre 2016, sia dalle dichiarazioni rese al r.u.p. dai soggetti a loro insaputa ricompresi nell'organico della stessa società ricorrente nel tentativo di dimostrare il possesso dei requisiti di cui all'art. 15 del disciplinare di gara.

4.3. Quanto detto sconfessa pertanto l'assunto di parte ricorrente in ordine all'asserito possesso di detti requisiti e dunque la piena legittimità della disposta esclusione dalla procedura di gara.

5. Conseguenza da quanto fin ora rilevato, l'infondatezza del quarto ed ultimo motivo del ricorso introduttivo a mezzo del quale si lamenta l'illegittimità in via derivata del provvedimento di aggiudicazione disposto in favore dell'odierna contro interessata.

6. Concluso dunque l'esame delle doglianze di cui al ricorso introduttivo, si possono passare in esame le censure di cui all'atto per motivi aggiunti a mezzo del quale si contesta la legittimità del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria.

7. Con il primo motivo, la società ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria, sul rilievo che il nuovo Codice degli appalti non contemplerebbe una disposizione analoga a quella di cui all'art. 48, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006, a tenore del quale "nel caso di dichiarazioni

mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 38, lettera h) nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia”.

7.1. Il motivo è infondato.

7.2. Deve infatti ritenersi che anche sotto il vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, la cauzione provvisoria ricopra sia una funzione indennitaria in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, sia una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente, come l'utilizzo di dichiarazioni mendaci al fine di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione previsti a pena di esclusione dalla lex specialis di gara.

7.3. Depongono in tal senso le stesse disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui si prevede che “la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo” (cfr., art. 93, comma 6, d.lgs. 50/2016), e che “nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia” (cfr., art. 89, comma 1, d.lgs. 50/2016).

7.4. Né è possibile ritenere che dette disposizioni non siano applicabili al caso di specie in ragione del fatto che il servizio in questione rientra nel novero dei servizi sociali, che ai sensi dell'art. 140 del d.lgs. n. 50/2016, “sono aggiudicati in applicazione degli articoli 142, 143, 144” del medesimo decreto legislativo.

7.5. Tali ultime norme riguardano infatti le sole modalità di aggiudicazione di detti servizi, mentre nel caso di specie l'escussione della cauzione provvisoria è stata comminata non per questioni relative alla mancata aggiudicazione e/o sottoscrizione del contratto di appalto, bensì in conseguenza della produzione di dichiarazioni mendaci e dunque in chiara funzione sanzionatoria connessa ad inadempimenti procedurali del concorrente, antecedenti alla fase di valutazione delle offerte e di individuazione della ditta vincitrice.

7.6. A ciò deve infine aggiungersi che parte delle dichiarazioni mendaci in ragione delle quali la società ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara riguardano l'impresa ausiliaria Teseo, con la conseguenza che risulta pienamente applicabile al caso di specie la disposizione dettata in tema di avvalimento di cui al succitato art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016.

8. Con la seconda doglianza per motivi aggiunti, la società ricorrente sostiene che, avendo la società aggiudicataria ottenuto un punteggio superiore ai 4/5 di quelli attribuibili per l'offerta tecnica (67 su 70 e dunque >56) e per l'offerta economica (30/30 e dunque > 24), la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla verifica di congruità ai sensi dell'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, a tenore del quale "quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara".

8.1. Anche detta doglianza appare destituita di fondamento.

8.2. Osserva infatti il Collegio che nel caso di specie la società aggiudicataria ha provveduto a scomporre la propria offerta economica secondo la griglia di cui allegato 6 del disciplinare di gara, consentendo così alla stazione appaltante di apprezzare, sotto il profilo sostanziale, l'incidenza di ciascuna delle componenti del prezzo offerto, e dunque di riscontrare l'assenza di quegli scostamenti che avrebbero dovuto essere valutati nell'ambito del subprocedimento di cui al succitato art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016.

8.3. A ciò deve peraltro aggiungersi che la doglianza in questione riveste carattere eminentemente formale, atteso che la società ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara in una fase antecedente a quella di valutazione delle offerte, sicché non avrebbe potuto acquisire alcun effettivo vantaggio da un eventuale accoglimento di detta censura.

9. Devono, da ultimo, essere rigettate le censure di cui al ricorso introduttivo riproposte in via derivata nell'atto per motivi aggiunti, per la cui infondatezza si rinvia a quanto precedentemente esposto.

10. Le considerazioni che precedono impongono dunque il rigetto delle domande di annullamento dei provvedimenti impugnati, come rispettivamente proposte con il ricorso introduttivo e con l'atto per motivi aggiunti.

11. Ne consegue, parimenti, il rigetto della domanda volta alla declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con l'odierna contro interessata.

12. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge in ogni domanda.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio che si liquidano in complessivi € 3.000,00 (tremila/00), da dividersi in parti uguali fra l'amministrazione resistente e la società odierna contro interessata, oltre oneri ed accessori come per legge.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Primo Referendario

Enrico Mattei, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Enrico Mattei

IL PRESIDENTE

Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO