

Publicato il 23/01/2017

N. 00454/2017 REG.PROV.COLL.
N. 03294/2016 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 della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3294 del 2016, proposto da:
Cooperativa Lavoro per la Salute, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Alfredo
Contieri e Francesco Scittarelli, con domicilio eletto presso lo studio
Alfredo Contieri in Napoli, via R. De Cesare, 7;

contro

Asl di Caserta, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Casertano, con
domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Giannone, 30 c/o
E. Iacobelli;

nei confronti di

Ker Società Cooperativa Onlus, in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio
eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, 323;

per l'annullamento

- a) della nota prot. n. 529 del 29.06.2016 del Commissario Straordinario Asl Ce con cui è stato disposto "di revocare in autotutela il subentro della Cooperativa Lavoro per la Salute nell'affidamento dell'appalto di cui alla deliberazione n. 133 del 25.01.2016 per la mancata comprova ai sensi dell'art. 48, comma 2, del d.lgs. 163/06 del requisito tecnico di cui al punto 9.13 del disciplinare di gara riaffidando l'appalto alla Ditta Ker Coop. Soc. Onlus aggiudicataria ai sensi della citata deliberazione dell'11.2.2015; confermare l'affidamento dell'appalto alla Ditta Ker dando atto che la stessa ha svolto il servizio senza soluzione di continuità dalla data di affidamento ad oggi...";
- b) di ogni atto presupposto connesso e consequenziale anche non noto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Asl di Caserta e della Ker Società Cooperativa Onlus;

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 25 ottobre 2016 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. La cooperativa ricorrente impugna la deliberazione, n. 529 del 29.06.2016, di revoca, in autotutela, del provvedimento di subentro nell'affidamento dell'appalto (deliberazione n. 133/2016) adottata sul

presupposto della mancata dimostrazione, in sede di verifica, del possesso del requisito tecnico di cui al punto 9.13 del disciplinare di gara, con previsione di contestuale nuovo affidamento alla precedente aggiudicataria, ditta Ker Coop. Soc. Onlus (deliberazione dell'11.02.2015).

II. A sostegno del gravame deduce i seguenti motivi di ricorso:

- a) eccesso di potere per manifesta abnormità, irragionevolezza, arbitrarietà, carenza d'istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione e sviamento;
- b) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., degli artt. 10 bis, 21 quinquies, 21 septies e 21 nonies della l. n. 241/1990 e del principio del contraddittorio;
- c) nullità.

III. Si sono costituite l'Azienda sanitaria intimata e la cooperativa controinteressata, nuova aggiudicataria, entrambe concludendo per il rigetto del ricorso. La parte controinteressata ha, altresì, interposto, ricorso incidentale.

IV. All'udienza pubblica del 25.10.2016, fissata per la trattazione, la causa è stata trattenuta in decisione.

V. Per una corretta esamina della vicenda sottoposta all'esame si ritiene necessaria l'esposizione delle seguenti premesse in fatto e in diritto:

- 1) con sentenza n. 5021/2015 del 24.09.2015, questo tribunale, nell'accogliere il ricorso proposto dall'attuale ricorrente, ha così statuito: "Annulla il verbale n. 24 del 7.11.2014 della Commissione giudicatrice e la deliberazione n. 213 dell'11.2.2015 nella parte in cui è stata disposta l'esclusione dalla gara della Cooperativa Lavoro per la Salute e l'aggiudicazione definitiva del lotto n. 2 a KER Coop. Soc.

Onlus; Fatto salvo l'esito dell'eventuale sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, dichiara il diritto della Cooperativa Lavoro per la Salute di subentrare nell'affidamento dell'appalto e condanna l'ASL Caserta al risarcimento per equivalente (laddove non sia possibile il recupero del periodo del rapporto che ha già avuto esecuzione, mediante l'allungamento in misura corrispondente del termine finale del contratto)”;

2) con sentenza n. 93 del 19.01.2016, il Consiglio di Stato, adito in secondo grado, respingeva l'appello proposto dalla Soc. Coop. Ker, precedente aggiudicataria, confermando la predetta decisione di primo grado;

3) con deliberazione n. 133 del 25.01.2016, la Commissione di gara, non ritenendo sussistenti le condizioni per l'attivazione del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta nei confronti della Coop. Lavoro per la Salute, incidentalmente richiamato, stabiliva di “dare atto del subentro della Cooperativa Lavoro per la Salute nell'affidamento dell'appalto dei servizi assistenziali, socio sanitari, alberghieri e manutentivi, nelle modalità del Global service presso le SS.II.RR. della ASL di Caserta relativamente al lotto 2, alle condizioni economiche offerte ... con contestuale revoca dell'affidamento dell'appalto medesimo alla ditta KER; dare atto che il relativo contratto con la Coop. Lavoro per la Salute avrà durata triennale”;

4) a fronte della perdurante inadempienza della stazione appaltante nel dare effettiva esecuzione al giudicato, l'attuale ricorrente introduceva il giudizio di ottemperanza tuttora pendente (n.rg. 1548/2016);

5) con ricorso n. 636/2016, la Soc. Coop. Ker impugnava, invece, unitamente agli atti presupposti -comprensivi della documentazione amministrativa e dell'offerta tecnica e economica a suo tempo prodotte nella procedura di gara *de quo* dalla Coop. Lavoro, ricorrente-, la citata deliberazione di subingresso, lamentando, “come vizi dell'atto impugnato, il mancato previo svolgimento del controllo, ex art. 48 d.lgs. 163/2006, e l'illogicità della scelta di non procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta della nuova aggiudicataria, ai sensi dell'art. 86, comma 3, dello stesso codice degli appalti, mentre coi motivi integrativi ha fatto valere ulteriori cause di esclusione dalla gara della controinteressata (oltre che per l'asserita anomalia dell'offerta anche per la pretesa genericità del contratto di avvalimento e per l'assenza della dichiarazione dell'ausiliaria ex art. 49, comma 2, lett. b) d.lgs. 163/2006)”; tale gravame è stato dichiarato improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse, proprio a seguito del provvedimento di revoca in autotutela gravato con il presente ricorso (sentenza n. 04051 del 9.08.2016);

6) la delibera di revoca, n. 528 del 29.6.2016, adottata all'esito del procedimento autonomamente attivato dalla stazione appaltante e attualmente impugnata, risulta, nella specie, motivata dalla “mancata comprova, ai sensi dell'art. 48, comma 2, del d.lgs. 163/06 del requisito tecnico di cui al punto 9.13 del disciplinare di gara”.

VI. Tanto premesso, il Collegio, uniformandosi al principio di diritto da ultimo espresso dalla Corte di Giustizia Europea secondo cui "1. L'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989,... deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente ... sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme

processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente” (Corte di Giustizia U.E., Grande Sezione — sentenza 5 aprile 2016 - causa C-689/13), procede, preliminarmente, ad esaminare il ricorso principale.

VI.1. Il ricorso principale, con il quale parte ricorrente censura, sostanzialmente, l'illegittimità della revoca del subingresso per omessa comprova dei requisiti di carattere tecnico professionale, per non avere la stessa prodotto almeno due referenze di buon esito per servizi analoghi, è fondato.

VI.2. Per quanto d'interesse, l'art. 9, del disciplinare, rubricato “Modalità di presentazione della busta n. 1”, dispone che: “La busta n. 1 ... Documentazione amministrativa ... deve contenere i seguenti documenti”:

a) punto 9.13 “Referenze (almeno due) rilasciate da AA.SS.LL. o altre strutture (vedi supra 9.7) riferite a servizi identici all'oggetto della gara anche in forma di autocertificazione purché sia dichiarato il corretto e puntuale espletamento del servizio”.

b) punto 9.7, espressamente citato dal suddetto punto 9.13, “Dichiarazione relativa al fatturato per servizi identici a quelli oggetto di gara relativi all'ultimo triennio 2010-11-12 con importo, data e destinatario Per servizi identici si intende la gestione di servizi di assistenza socio sanitaria alla persona effettuata presso strutture sanitarie, sia pubbliche che private, purché regolarmente in possesso di autorizzazione, finalizzate alla diagnosi, terapia e riabilitazione degli utenti affetti da disabilità psichica o psico-fisica”.

VI.3. Orbene, quanto alla comprova dei suddetti requisiti, la ricorrente Coop. Lavoro ha depositato la documentazione concernente, da un lato, i decreti di accreditamento definitivo della

società ausiliaria, Gesti - var, e, tanto, in forza delle autorizzazioni regionali per le annualità 2013, 2014 e 2015 e, dall'altro, i bilanci relativi agli anni 2010, 2011 e 2012, come imposto dal disciplinare.

In particolare, dai bilanci prodotti, si evincono, nel conto economico, nella parte relativa al "Valore della produzione" e, specificamente, nell'ambito della voce "Ricavi delle vendite e delle prestazioni", gli importi concernenti il fatturato per gli anni 2010 (€ 1.799.806), 2011 (€ 2.102.456) e 2012 (€ 2.003.525).

La produzione documentale è stata integrata dal deposito di atti attestanti la liquidazione delle somme dovute dalla ASL di Frosinone, documenti valevoli, sostanzialmente, quali attestazioni dell'effettivo e corretto svolgimento del servizio presso tale Azienda. Sono state, inoltre, acquisite agli atti di gara le attestazioni della Casa di Cura Sant'Anna, datate 4.04.2016, con le quali, precisato "che i servizi di assistenza socio sanitaria alla persona finalizzati alla diagnosi, terapia e riabilitazione degli utenti affetti da disabilità psichica o psico-fisica sono affidati direttamente dalla Cooperativa Lavoro per la Salute", attuale ricorrente principale, si dichiara che "il servizio è stato svolto ed è svolto tuttora a regola d'arte, in piena conformità alla normativa di riferimento e con adeguati mezzi d'opera e capacità organizzative, con completa soddisfazione di questa azienda".

VI.3.1. Non può, invero, ignorarsi che il sistema dell'accreditamento istituzionale di cui all'art. 8 bis del d.lgs. n. 502/1992 "consente ai soggetti privati di erogare prestazioni socio-sanitarie rientranti nel servizio pubblico ad una duplice condizione: innanzitutto è richiesto il requisito dell'autorizzazione, costituente un provvedimento amministrativo che consente a qualsiasi struttura privata di operare nel settore sanitario, previo accertamento del possesso dei requisiti di

carattere igienico e tecnico-sanitario; in secondo luogo, al fine dell'inserimento del soggetto privato nel servizio sanitario, in regime di concorrenza amministrata con le strutture pubbliche, è necessario che il privato consegua l'accreditamento, costitutivo di un rapporto contrattuale conformato da finalità pubblicistiche, mediante il quale l'offerta di prestazioni sanitarie da parte della struttura privata viene inserita nell'ambito della programmazione sanitaria pubblica, previa fissazione di tariffe remunerative e delimitazione del tetto massimo di spesa” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 15.04.2016, n. 1869 nello stesso senso, sez. I, 14 maggio 2014 n. 2652).

Ed invero, per quanto, poi, concerne “l'affidamento dei servizi a enti e alle cooperative sociali” secondo le linee guida di cui alla delibera n. 32 del 20.01.2016 dell'ANAC, "l'erogazione dei servizi alla persona può avvenire mediante diversi strumenti, rimessi alla scelta discrezionale, ma motivata, dell'amministrazione”, tra i quali, appunto: “a) autorizzazione e accreditamento (art. 11, L. 328/2000)”, specificandosi, altresì, che “attraverso l'autorizzazione e l'accreditamento vengono individuati gli operatori economici (appartenenti al terzo settore) che possono erogare il servizio, mentre è l'utente finale che sceglie la struttura cui rivolgersi, sulla base della qualità del servizio offerto (concorrenza nel mercato)". Nel dettaglio, poi, si osserva che mentre “il sistema autorizzatorio è previsto per l'offerta dei servizi residenziali e semiresidenziali e quindi attiene alle strutture”, “l'accreditamento richiede l'osservanza di standard qualitativi ulteriori e, quindi, si pone come un atto di abilitazione di secondo grado”, essendo riferito alla attività e, più precisamente, all'accertata qualità delle prestazioni erogate.

VI.3.2. Quanto, infine, all'identità delle prestazioni svolte dalla Gesti-Var S.r.l. alle attività oggetto della procedura ad evidenza pubblica *de quo*, concernente, nello specifico, "l'affidamento dei servizi assistenziali, socio sanitari alberghieri e manutentivi presso le SS.II.RR. della A.S.L. CE.", si evidenzia che la predetta ausiliaria è essa stessa una struttura di intermediazione riabilitativa (S.I.R), che svolge da anni le medesime attività oggetto dell'appalto indetto dalla ASL di Frosinone, con onere a carico del relativo Servizio Sanitario Regionale. Tanto ciò è vero che il suo fatturato annuale complessivo è esclusivamente determinato dalla sommatoria delle liquidazioni effettuate dalle varie AA.SS.LL. insistenti sul territorio della Regione Lazio.

VI.3.3. Chiarito che la deroga alla normativa ordinaria, per le motivazioni esposte, concerne, in ambito sanitario, solo l'individuazione dei soggetti che possono partecipare alla gara, per i servizi da affidare vale, invece, la disciplina della procedura ad evidenza pubblica di cui al codice dei contratti.

Con riferimento alla supposta comprova dei requisiti tecnici necessariamente mediante produzione dei certificati di buona esecuzione deve, pertanto, osservarsi, *ad abundantiam*, che, rientrando le prestazioni *de quo* tra i "servizi sanitari e sociali" di cui all'allegato II B, cd. servizi esclusi, è principio ormai acquisito in giurisprudenza quello secondo il quale alle relative procedure di affidamento non si applicano in via diretta le disposizioni del Codice, tra le altre, in tema di requisiti speciali di partecipazione (artt. 41 e 42) e di controllo del relativo possesso (art. 48), in quanto non richiamate dall'art. 20, comma 1.

Vero è che stazioni appaltanti hanno comunque facoltà di richiedere, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, requisiti minimi di idoneità tecnica ed economica (anche diversi da quelli previsti dal Codice), al fine di garantire un determinato livello di affidabilità dell'aggiudicatario sul piano economico - finanziario e tecnico – organizzativo. In tali ultime ipotesi, tuttavia, non trova applicazione l'art. 48 e si procede alla verifica del possesso di detti requisiti in forza dell'art. 71 e con le modalità previste dall'art. 43 del d.P.R. n. 445/2000.

Se così è, il motivo di revoca del subingresso basato sulla mancata comprova in sede di verifica dei requisiti dichiarati mediante autodichiarazione, secondo le modalità disciplinate dal richiamato art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, contrasta con gli artt. 40 e sg. del D.P.R. n. 445 del 2000, come innovato dalla l. n. 183 del 2011 e, come tale, è illegittimo e, dunque, suscettibile di annullamento in quanto censurato.

Le modifiche normative intervenute obbligano, infatti, le Amministrazioni ad acquisire d'ufficio i documenti che provano il possesso dei requisiti dichiarati qualora questi siano in possesso di altre Amministrazioni. Le Pubbliche Amministrazioni non possono quindi più emettere certificati che abbiano valore in procedimenti di competenza di altri soggetti parimenti pubblici.

Quanto, poi, al supposto "carattere di specialità della disciplina dei contratti pubblici che impedirebbe l'applicazione della norma di carattere generale dettata dall'art. 15 della L. n. 183 del 2011 (in particolare, ... l'art. 42, comma 1, lett. "a", il quale prevede che i servizi e le prestazioni in favore di amministrazioni ed enti pubblici siano provati da certificati rilasciati o vistati delle amministrazioni o

enti destinatari), il Collegio osserva che il D.P.R. n. 445 del 2000, in materia di documentazione amministrativa, pacificamente trova applicazione nella materia degli appalti pubblici, essendo lo stesso codice a legittimarne l'uso. Sicché non può che trovare applicazione anche l'innovazione introdotta con l'art.15 della L. n. 183 del 2011, che, per quanto qui interessa, ha introdotto il seguente comma all'art. 40: "1. Le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti sono valide e utilizzabili solo nei rapporti tra privati. Nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47" ed all'articolo 43 ha sostituito il comma 1 col seguente: "1. Le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47, nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato" (Cons. di St., sez. III, 26 settembre 2013, n. 4785).

VI.3.4. In definitiva i decreti di accreditamento, unitariamente alla produzione dei fatturati concernenti l'espletamento del servizio, devono essere ritenuti, già di per sé, documentazione idonea a comprovare la sussistenza e la permanenza dei requisiti tecnici necessari, essendo, poi, la verifica della veridicità di quanto autodichiarato dall'aggiudicataria subentrante ricorrente con riferimento all'effettiva buona esecuzione del servizio -in quanto vertente su informazioni in possesso di altro parimenti soggetto

pubblico (la A.S.L. di Frosinone)-, demandata d'ufficio alla stazione appaltante senza che alcun ulteriore onere sia esigibile al dichiarante.

VII. Procede il Collegio ad esaminare il ricorso incidentale, nella parte in cui risulta diretto a contestare la legittimazione della ricorrente principale mediante la censura dell'illegittimità della sua ammissione alla procedura di gara.

VII.1. Il ricorso incidentale è infondato.

VII.1.1. Con il primo motivo, la ricorrente incidentale, Soc. Coop. Ker, lamenta la violazione dell'art. 48 d.lgs. 163/2006, ritenendo che la ricorrente principale e, per essa, l'ausiliaria (ditta Gesti – Var), non abbiano dimostrato il possesso dei requisiti di carattere tecnico professionale di cui all'art. 42 del medesimo codice, dichiarati, in via sostitutiva, in sede di gara. Disattendendo quanto disposto dall'art. 9.13 del disciplinare, le stesse non avrebbero prodotto almeno due referenze di buon esito di servizi analoghi, rilasciati dalle AA.S.LL. o da altre strutture, entro il termine perentorio, previsto in sede di controllo, di 10 gg. dalla richiesta. Il procedimento di verifica si sarebbe, invece, esteso, senza esito, per oltre tre mesi, con ciò comportando, quale indefettibile conseguenza, l'esclusione della ricorrente.

Prescindendo da ogni considerazione sull'inammissibilità della prima censura di gravame, volta, invero, a confermare la legittimità dell'operato dell'Amministrazione come contestato con il ricorso principale, la stessa va rigettata per le motivazioni finora esposte in ordine alla fondatezza, invece, del ricorso principale a cui, per brevità e sinteticità degli atti processuali, si rinvia.

Né, conseguentemente, può allora ragionevolmente sostenersi, per le argomentazioni esplicitate, che l'esito della procedura di verifica

abbia posto in rilievo la sicura mendacità delle dichiarazioni sostitutive in ordine al possesso dei requisiti *de quibus*, difettando, invero, l'assolvimento dell'onere della prova in ordine a quanto incidentalmente affermato (art. 2697 c.c.).

VII.1.2. Con il secondo motivo di ricorso incidentale, l'aggiudicataria controinteressata deduce l'elusione del giudicato e la violazione dell'art. 11 del disciplinare.

Quanto al primo profilo, evidenzia che il Consiglio di Stato, nell'annullare l'esclusione della ricorrente principale e l'aggiudicazione nei propri confronti, ha ritenuto che l'art. 11 del disciplinare dovesse essere inteso come riferito al prezzo complessivo, non potendosi, in altri termini, disporre l'esclusione per omessa presentazione, in sede di offerta, delle giustificazioni preventive, con indicazione a priori di tutte le voci di costo. A parere di parte ricorrente incidentale, l'organo giurisdizionale di secondo grado non avrebbe, invece, escluso la valutazione delle giustificazioni, successivamente, in sede di verifica dell'eventuale anomalia dell'offerta, suggerendo, *obiter dictum*, l'attivazione del subprocedimento di verifica facoltativo di cui all'art. 87, comma 3.

In altri termini, lo scorporo delle voci dell'offerta economica sarebbe stato escluso ai soli fini escludenti non anche per verificare l'attendibilità dell'offerta, sindacato da ritenersi tanto più opportuno una volta ammessa l'indicazione del mero prezzo complessivo, che, invero, non avrebbe poi consentito alla S.A. di valutare la serietà dell'offerta. L'omessa attivazione del subprocedimento di anomalia dell'offerta concreterebbe, quindi, una elusione del giudicato, sostanziandosi in una violazione non diretta della decisione

giurisdizionale, nel perseguimento, però, del medesimo obiettivo vietato.

A ciò aggiunge che sarebbe la stessa disciplina di gara a prescrivere, all'art. 11 del disciplinare, l'inammissibilità delle offerte nelle quali il costo del lavoro previsto sia inferiore a quello stabilito dal C.C.N.L. di categoria, specificando, poi, all'art. 7 del Capitolato speciale, che gli emolumenti non debbano essere inferiori alle tariffe di cui alle tabelle ministeriali sul costo del lavoro. Osserva, in particolare, che, nella relazione giustificativa prodotta, la medesima ricorrente principale avrebbe ammesso che il costo orario applicato sarebbe inferiore alle tabelle ministeriali mentre, quanto alle assenze non programmate, ne avrebbe ridotto l'incidenza percentuale.

Con il quarto e il quinto motivo di ricorso incidentale, al primo correlati, parte ricorrente incidentale si duole, comunque, dell'eccesso di potere per l'omessa attivazione, da parte della stazione appaltante, del subprocedimento di verifica facoltativa, ex art. 87, comma 3, citato, della presunta anomalia dell'offerta, e, nel merito, della complessiva insostenibilità di un'offerta, a suo giudizio, palesemente anomala. Sostiene, in proposito, sotto quest'ultimo profilo, che, osservate le modalità di espletamento del servizio, di cui al D.P.G.R. Campania, n. 5 del 10.11.2011, e tenuto conto del costo medio orario degli operatori sanitari, il canone mensile, una volta detratta la voce relativa al personale, non potrebbe garantire tutti gli altri servizi quali la fornitura dei pasti, la pulizia, la lavanderia e le manutenzioni, specie ove esternalizzati, non assicurando, in definitiva, alcun utile.

VII.1.3. Le censure, pur suggestive, sono prive di pregio.

VII.1.4. Occorre previamente analizzare l'esatta portata delle pronunce giurisdizionali richiamate.

Orbene vero che:

A) nella pronuncia di secondo grado si osserva che “la valutazione della serietà dell’offerta economica, ovvero la volontà di vincolarsi al rispetto delle norme a tutela della sicurezza dei lavoratori ... sono demandate alla verifica della congruità, ai sensi degli artt. 86 e 87 del Codice” e ancora, quanto alla “censura concernente lo scostamento del costo giornaliero a persona (9,01) alla luce di quello medio orario dell’operatore socio sanitario previsto dal CCNL (16,00, *quantificato, nel presente ricorso, invece, in € 20,17*) - cui vanno aggiunti gli oneri che comporta l’assistenza ad ogni paziente (oneri di trasporto, pasti, biancheria, etc.)”-, che “l’aspetto in esame (prospettato in appello soprattutto come profilo di indeterminatezza dell’offerta, e nel ricorso di primo grado definito anche come genericità, indeterminatezza, insostenibilità) dovrebbe essere valutato in sede di verifica dell’anomalia”;

B) la pronuncia di primo grado, lascia parimenti “7.1. Ferme ... le eventuali ulteriori determinazioni dell’amministrazione circa la verifica della congruità dell’offerta” stabilendo, nello specifico, che “fatto salvo l’esito dell’eventuale sub procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta di cui si è detto sopra - la domanda va accolta con declaratoria del diritto della Cooperativa Lavoro per la Salute di subentrare nel relativo rapporto”, disponendo, poi, conseguentemente nel dispositivo: “fatto salvo l’esito dell’eventuale sub procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta, dichiara il diritto della Cooperativa Lavoro per la Salute di subentrare

nell'affidamento dell'appalto e condanna l'ASL di Caserta al risarcimento del danno per equivalente”.

Tuttavia, dal dato letterale delle pronunce rispetto alle quali ricorrente incidentale lamenta la violazione del giudicato (sia pure in forma di elusione) non emerge affatto che l'Amministrazione intimata fosse necessariamente onerata, date le premesse motivazionali, all'attivazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

VII.1.5. D'altro canto, come è deducibile dal processo verbale n. 1 del 18.01.2016, -che segue la presa d'atto dell'annullamento in sede giurisdizionale della deliberazione n. 213 dell'11.02.2015, nella parte in cui era stata esclusa dalla gara la Coop. Lavoro per la Salute, attuale ricorrente, e aggiudicato definitivamente il 2 lotto alla Ker Coop. Soc. Onlus, attuale controinteressata-, effettuato il ricalcolo del punteggio totale, ne è risultato “che l'offerta della Coop. Lavoro per la Salute non rientra nella soglia di anomalia prevista dall'art. 86, comma 2, in quanto l'unico elemento sopra la soglia dell'anomalia risulta essere l'elemento prezzo (*maggiore di 32*) e non anche l'elemento qualità (*minore di 48*)”.

Rientrando l'espletamento del subprocedimento di verifica della presunta anomalia in una mera facoltà, come detto, non esercitata, la relativa assenza non può, pertanto, essere censurata sotto il profilo dell'illegittimità, non ravvisandosi alcuna figura sintomatica dell'eccesso di potere.

Orbene, da un lato, al giudice non è consentito sostituirsi all'Amministrazione nello svolgimento delle funzioni di amministrazione attiva mai esplicitate dall'organo esecutivo legislativamente competente, stante la divisione tra i poteri dello

Stato, potendo, al più sindacare, *ab externo*, ovvero sotto il profilo dello sviamento, solo il suo effettivo esercizio.

D'altro canto, non sembrano, a parere del Collegio, neppure ravvisabili palesi profili di complessiva irragionevolezza nella sua mancata attivazione, -comunque, rimessa all'ampia valutazione discrezionale della stazione appaltante-, essendo opinabili i parametri, le modalità di calcolo e gli elementi di scostamento prospettati a supporto della presunta anomalia da parte della ricorrente incidentale sulla base, fondamentalmente, di "giustificazioni" rese, in data 20.02.2016, dalla ricorrente principale, nel corso del giudizio n. rg. 636/2016, più che nell'ambito della procedura di gara (cfr. memoria del 16.10.2016).

Nell'ambito dell'offerta tecnica, la ricorrente principale, premesso il "pieno rispetto delle clausole previste dal CCNL" e considerata la turnazione minima prevista da Capitolato Speciale di Appalto, dà conto, invece, dettagliatamente, della circostanza che la riduzione rispetto alle tabelle ministeriali "è correlata alle seguenti voci: determinazione del costo medio annuo – determinazione delle ore annue mediamente lavorate" (produzione documentale allegata al ricorso incidentale: n. 18), procedendo poi all'esame dei vari profili.

Ciò posto, come condivisibilmente affermato:

A) "con riferimento al procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte presentate nelle gare per l'affidamento di appalti pubblici (e con particolare riguardo all'ipotesi di mancata verifica "facoltativa", ai sensi dell'art. 87, comma 3, d.lg. 163/2006), il g.a. può sindacare le valutazioni compiute dalla p.a. sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e

delle sue singole voci, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della p.a., in esercizio di discrezionalità tecnica” (Consiglio di Stato sez. IV 27 giugno 2011 n. 3862);

B) “l'art. 86 comma 3 costituisce una previsione facoltizzante, volta a riconoscere la sussistenza del potere della stazione appaltante, anche al di là dei casi di anomalia legislativamente predeterminati. Il legislatore, anzi, nel riconoscere tale facoltà, ha inteso evitare arbitrii delle stazioni appaltanti, laddove, anche per ragione di economia dei mezzi giuridici, dispone che, perché si possa attivare la verifica di anomalia facoltativa, occorre che vi sia un *fumus*, un sospetto di anomalia, sulla base di "elementi specifici". E tanto induce a ritenere che debba essere motivata la decisione di attendere alla verifica nonostante non ricorrano le condizioni indicate nel comma 2 e non anche quelle di non procedere in tal senso, fermo restando che tale facoltà costituisce espressione della discrezionalità riconosciuta dalla legge alle Amministrazioni aggiudicatrici, ed è perciò sindacabile solo in presenza di macroscopica irragionevolezza” (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 17.04.2013, n. 3869).

VII.1.6. Non appare, peraltro, ultroneo osservare, nello specifico, che, con riferimento proprio “al motivo di appello incentrato sul preteso scostamento del costo giornaliero per paziente, rispetto ai costi medi del personale e degli oneri connessi al servizio di assistenza,” l'organo di secondo grado, invero, si sia già espresso sulla questione, dovendosi, pertanto, ravvisare, per inciso, l'inammissibilità della relativa censura per violazione del *ne bis in idem*. Osserva, in proposito, tale organo giudicante nei seguenti termini: “controparte ha eccepito che il costo del personale grava sulla parte fissa mensile. Tale argomento non ha trovato confutazione, e sembra

al Collegio che tolga plausibilità alla censura”, salvo, poi, aggiungere, come detto e con il valore chiarito, che “l’aspetto in esame dovrebbe essere valutato in sede di verifica dell’anomalia” (Cons. di St., sez. III, 14.01.2016, n. 93).

VII.1.7. Con il sesto motivo di ricorso incidentale, la cooperativa Ker, controinteressata, lamenta la violazione dell’art. 13 del d.lgs. n. 163/2006 per mancato accesso all’offerta tecnica ed economica della Cooperativa Lavoro, negato con nota del 27.01.2016, nonostante l’ostensibilità degli atti sia sempre consentita ai concorrenti in vista della difesa in giudizio.

La censura, prima ancora che infondata, non è supportata da un effettivo interesse ad agire, atteso che, come risulta dalla produzione in atti, la ricorrente incidentale ha già avuto accesso alla documentazione richiesta, ricevendone copia, in data 18.02.2016, nell’ambito di diverso gravame, all’esito dell’ottemperanza ad apposito decreto istruttorio monocratico (pag. 3 del ricorso incidentale). Tanto ciò è vero che la medesima non solo ha presentato appositi motivi aggiunti all’impugnativa di cui al ricorso n.r. 636/2016, da essa stessa proposto in via principale (poi dichiarato, come detto, improcedibile), ma, nell’ambito del gravame ora all’esame, ha censurato nel dettaglio aspetti dell’offerta sia economica e tecnica che ne presuppongono necessariamente la sostanziale integrale conoscenza. L’offerta economica della Coop. Lavoro per la Salute costituisce, peraltro, allegato n. 11 alla memoria e ricorso incidentale depositati in data 19.07.2016, mentre estratto dell’offerta tecnica della medesima cooperativa è parte integrante dell’allegato n. 17 alla citata memoria.

VII.1.8. Con l'ottavo motivo di gravame incidentale, parte ricorrente censura violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 per genericità del contratto di avvalimento.

Sostiene, in particolare, che, in base all'art. 2 del Contratto, la ausiliaria si sarebbe limitata a mettere a disposizione esclusivamente un coordinatore di servizio, dieci unità lavorative qualificate per i servizi socio-sanitari e le risorse economiche e finanziarie necessarie, senza prestare, però, l'intera organizzazione aziendale. Tale elemento viene ritenuto dalla ricorrente incidentale necessario visto che la ricorrente principale non avrebbe un fatturato proprio per i servizi analoghi, richiedendo il Global service una serie di servizi, né una esperienza specifica pregressa.

In subordine, mancherebbe il requisito essenziale della coercibilità dell'impegno assunto, in considerazione della sua genericità e incompletezza.

La censura è priva di pregio, sia in fatto che in diritto.

Quanto all'esperienza maturata direttamente e indipendentemente dal requisito della società ausiliata, sono presenti agli atti, con ciò smentendo uno dei presupposti di fatto su cui si fonda la censura, le attestazioni della Casa di Cura Sant'Anna che, da un lato, precisano che "i servizi di assistenza socio sanitaria alla persona finalizzati alla diagnosi, terapia e riabilitazione degli utenti affetti da disabilità psichica o psico-fisica sono affidati direttamente dalla Cooperativa Lavoro per la Salute", attuale ricorrente principale, e, dall'altro, che "il servizio è stato svolto ed è svolto tuttora a regola d'arte, in piena conformità alla normativa di riferimento e con adeguati mezzi d'opera e capacità organizzative, con completa soddisfazione di

questa azienda” (produzione documentale al ricorso introduttivo, allegato 7).

Quanto alla presunta inidoneità del contratto di avvalimento, dall’attenta lettura dell’art. 2, rubricato “oggetto del contratto”, emerge anche che:

- 1) “La società ausiliaria si obbliga nei confronti della società avvalsa, e, con il presente atto, anche nei confronti della stazione appaltante, a fornire questa i requisiti di cui alla premessa b) (*ovvero “ai punti 9.7 e 9.13 del disciplinare di gara”...: fatturato ... almeno due referenze rilasciate da AA.SS.LL. o altre strutture... anche in forma di autocertificazione, purché sia dichiarato il corretto e puntuale espletamento del servizio*), al fine di consentire ... la partecipazione alla gara di cui alla lettera a) (*de quo*);
- 2) “la società Gesti-var S.r.l. si costituisce fideiussore della società ausiliaria e si impegna sin da ora ad impegnarsi quale soggetto coobbligato per tutte le esigenze di carattere economico/finanziario nonché di natura tecnica che dovessero emergere con riferimento agli appalti oggetto della presente scrittura”.

Ora, il Collegio non ravvisa validi motivi per discostarsi dal consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale, come nel caso di specie:

- a) “nelle gare pubbliche elemento essenziale dell’istituto dell’avvalimento è ... la reale messa a disposizione delle risorse umane e dei beni strumentali occorrenti per la realizzazione dei lavori o dei servizi oggetto di gara, con conseguente obbligo per l’impresa ausiliata di presentare alla stazione appaltante l’elencazione dettagliata dei fattori produttivi, in modo da consentirle di conoscere la consistenza del complesso economico-finanziario e tecnico

organizzativo offerti in prestito dall'ausiliaria e di valutare la loro idoneità all'esecuzione” (Cons. di St., sez. V, 27 luglio 2016 n. 3396);

b) se, in base al disposto dell'art. 49 comma 2 lett. d), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ai sensi del l'art. 88 comma 1 lett. a), d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, “il contratto di avvalimento deve riportare, in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico... tali disposizioni devono essere interpretate in modo da non frustrare l'applicazione dell'istituto, di matrice comunitaria, dell'avvalimento, implementato negli ordinamenti degli Stati membri in funzione di un allargamento della platea dei concorrenti alle pubbliche gare d'appalto; pertanto l'indagine circa l'efficacia dell'assolvimento degli obblighi allegativi indicati dal succitato art. 49, al fine di attestare il possesso dei relativi titoli partecipativi alla gara pubblica, dev'esser svolta in concreto, avuto riguardo, cioè, al tenore testuale dell'atto ed alla sua idoneità ad assolvere la precipua funzione di garanzia assegnata all'istituto dall'art. 49 del cit. d.lgs. n. 163 del 2006” (Cons. di St., sez. V, 1 agosto 2016 n. 3445);

c) quanto, poi, al fatturato, “allorquando un'impresa intenda avvalersi - mediante stipula di un c.d. contratto di avvalimento - dei requisiti finanziari di un'altra, la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è da ritenersi costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali (che al contrario costituiscono precipuo oggetto del contratto di avvalimento c.d. tecnico-operativo), ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche l'impresa ausiliata, munendola di un requisito che altrimenti non avrebbe e le precluderebbe l'accesso alla gara. In sostanza, ciò che l'impresa

ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata con un contratto di tal natura è il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, dei quali il fatturato costituisce indice indiretto misurabile e rilevante” (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 20 ottobre 2016 n. 1208).

Orbene, ritiene il Collegio che nel caso all'esame, “deve ritenersi completo, concreto, serio e determinato l'impegno assunto dall'ausiliaria nel contratto di avvalimento "di garanzia", nella misura in cui attesta la messa a disposizione del fatturato (puntualmente indicato) e delle risorse eventualmente necessarie e contiene un vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante” (Cons. di St., sez. III, 30 giugno 2016 n. 2952), recando lo stesso anche chiara indicazione delle risorse e dei mezzi prestati in modo determinato e specifico (un coordinatore del servizio, 10 unità lavorative qualificate).

Diversamente, nel caso in cui ci si voglia avvalere della qualificazione SOA, “il concorrente ha l'onere di dimostrare che l'impresa ausiliaria si impegna non semplicemente a prestargli il requisito richiesto quale mera entità astratta, né a prestargli alcuni mezzi, ma che assume l'obbligazione di mettere a sua disposizione tutte le risorse e l'apparato organizzativo che hanno giustificato l'attribuzione di quella specifica qualificazione SOA (T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 28 giugno 2016 n. 437).

VII.1.9. Con ultimo motivo di ricorso incidentale, parte ricorrente si duole della violazione dell'art. 38, comma 2, lett. c) deducendo che le dichiarazioni di onorabilità sono state rese solo dall'Amministratore unico e non anche dai consiglieri di amministrazione (Mancini e

Mosillo) della Gesti-Var S.r.l. che, secondo l'art. 19.01. dello Statuto (cfr. pag. 5), hanno potere di rappresentanza della società.

Specifica, in particolare, la ricorrente incidentale che, trattandosi di gara bandita prima dell'entrata in vigore dell'art. 39 del d.l. 90/2014 -che ha introdotto, per quanto d'interesse, all'art. 38, del d.lgs. n. 163/2006, il comma 2 bis-, non sarebbe possibile ricorrere, in caso di omessa dichiarazione, al cd. soccorso istruttorio, dovendosi invece disporre, in sede di verifica ex art. 48 del medesimo decreto, l'esclusione della ricorrente partecipante.

Tale ultima censura, prima ancora che infondata, è tardiva.

Invero, come attestato dal processo verbale n.1, la Commissione giudicatrice della procedura di affidamento dei servizi *de quo*, ha proceduto, in data 20.11.2013, alla apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa presentata dai partecipanti per la relativa verifica, ammettendo la Cooperativa Lavoro per la Salute, dopo avere dato conto della presenza delle dichiarazioni degli amministratori e riscontrato una "documentazione completa e regolare".

Orbene, ciò posto quanto all'infondatezza, pur volendo sostenere che l'interesse a ricorrere sia divenuto concreto e attuale solo a seguito del dispositivo della sentenza del Consiglio di Stato n. 5814/2015 o meglio della pubblicazione della sentenza n. 93 del 14.01.2016, con la quale sono state annullate sia l'esclusione dalla gara dell'odierna ricorrente principale, Coop. Lavoro per la Salute, che, contestualmente, l'aggiudicazione della gara, intervenuta con deliberazione n. 213 dell'11.02.2015, in favore dell'odierna ricorrente incidentale, Ker Coop.Soc. Onlus, alla data della presentazione del presente ricorso incidentale (avviato alle notifiche il 18.07.2016)

erano ormai irrimediabilmente spirati i termini, ex art. 29 c.p.a., per proporre qualsiasi impugnativa avverso la regolarità della documentazione amministrativa presentata dalle concorrenti alla gara.

VIII. In conclusione, sulla base delle sovraesposte considerazioni, va accolto il ricorso principale, introdotto dalla Cooperativa Lavoro per la Salute, disponendosi, conseguentemente, l'annullamento del provvedimento di revoca del subingresso nella gara, gravato, e respinto il ricorso incidentale proposto dalla Cooperativa controinteressata, Ker Coop. Soc. Onlus.

IX. La complessità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta):

- a) accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato;
- b) respinge il ricorso incidentale;
- c) compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Gabriella Caprini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Gabriella Caprini

IL PRESIDENTE
Santino Scudeller

IL SEGRETARIO