



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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 698 del 2009, proposto da:
AS.GE.SA. soc. coop. a r.l., in persona del legale rappresentante,
rappresentata e difesa dall'avv. Rosanna Patta, presso il cui studio in
Cagliari, via Sonnino n. 84, è elettivamente domiciliata;

contro

Comune di Pula, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato
e difeso dall'avv. Roberto Uras, presso il cui studio in Cagliari, via
Torino n. 3, è elettivamente domiciliato;

Commissione di gara per l'appalto relativo al servizio di assistenza
domiciliare e di predisposizione e attuazione dei progetti e piani
personalizzati previsti dal fondo regionale per la non autosufficienza,
in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Consorzio Regionale Territoriale Network Etico (soc. coop. sociale consortile onlus a r.l.), in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Ballero e Francesco Mascia, presso lo studio dei quali in Cagliari, corso Vittorio Emanuele n. 76, è elettivamente domiciliato;

per l'annullamento

della determinazione 3/6/2009 n. 456, con la quale il Responsabile del Settore Servizi alla Persona - Ufficio Socio-Assistenziale del comune di Pula ha definitivamente aggiudicato al controinteressato il “servizio di assistenza domiciliare e di predisposizione e attuazione dei progetti e piani personalizzati previsti dal fondo regionale per la non autosufficienza”, di cui alla determina a contrarre del medesimo Responsabile di Settore n. 80 del 28/1/2009;

del provvedimento cui al verbale della Commissione di gara n. 5 del 7/5/2009, di aggiudicazione provvisoria della suddetta gara;

del provvedimento di cui al verbale della citata Commissione di gara n. 1 del 6/4/2009, nella parte in cui ha ammesso il Consorzio Regionale Territoriale Network Etico alla medesima gara per l'espletamento del servizio di cui sopra;

del bando di gara e del relativo capitolato d'appalto, nella parte in cui individuano i sub criteri di ripartizione degli 80 punti attribuibili all'offerta progettuale;

dell'eventuale contratto d'appalto, tra l'Amministrazione intimata e Consorzio controinteressato.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pula e del Consorzio Regionale Territoriale Network Etico.

Visto il ricorso incidentale da quest'ultimo proposto.

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti.

Visti tutti gli atti della causa.

Nominato relatore per l'udienza pubblica del 16/12/2009 il Consigliere Alessandro Maggio e uditi l'avvocato R. Patta per la ricorrente, l'avvocato R. Uras per l'amministrazione resistente e gli avvocati F. Ballero e F. Mascia per il controinteressato.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'AS.GE.SA. soc. coop. a r.l. ha partecipato alla procedura aperta – da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - bandita dal comune di Pula per l'affidamento del “servizio di assistenza domiciliare e di predisposizione e attuazione dei progetti e piani personalizzati previsti dal fondo regionale per la non autosufficienza”.

A conclusione delle operazioni di gara la detta società si classificava al secondo posto dietro il Consorzio Regionale Territoriale Network Etico al quale, con determinazione 3/6/2009 n. 456 del Responsabile del Settore Servizi alla Persona - Ufficio Socio-Assistenziale, veniva definitivamente aggiudicato l'appalto.

Ritenendo provvedimento di aggiudicazione ed ulteriori atti della

procedura meglio indicati in epigrafe illegittimi, l'AS.GE.SA. li ha impugnato chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi.

1) Il Consorzio Regionale Territoriale Network Etico doveva essere escluso dalla gara, per aver omesso di comprovare in proprio il possesso dei requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria richiesti dal bando.

Il Consorzio ha, infatti, dichiarato di possedere il requisito, per il tramite di due consorziate, ma così facendo ha violato l'art. 35 del codice dei contratti.

Non sussistono, del resto, i presupposti per operatività dell'istituto dell'avvalimento. In particolare, la circostanza che il Consorzio abbia indicato le sue due consorziate come esecutrici del servizio, non è sufficiente a sopperire alla mancanza dell'impegno di queste ultime, di cui all'art. 49 del codice dei contratti pubblici.

2) In via subordinata si rileva che il bando di gara è illegittimo per non aver fissato, in relazione a ciascun criterio di valutazione prescelto, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi, così come richiesto dall'art. 83, comma 4, del citato codice.

Si sono costituiti in giudizio l'amministrazione intimata e il controinteressato, che con separate memorie si sono opposti all'accoglimento del ricorso.

Il controinteressato ha anche proposto ricorso incidentale col quale ha dedotto che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver correttamente reso le dichiarazioni di cui alle

lettere h) e l) dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

Alla pubblica udienza del 16/12/2009 la causa, su richiesta delle parti, è stata posta in decisione.

DIRITTO

Essendo il ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione processuale del ricorrente principale (attraverso la prospettazione di questioni che attengono al merito della vicenda) la sua trattazione assume priorità logica (cfr, fra le tante, Cons. Stato V°sez. 24/11/1997 n°1367, 13/2/1998 n°168, 25/3/2002 n°1695, nonché C.Si. 15/5/2001 n°205).

Col primo motivo della controimpugnazione il Consorzio Regionale Territoriale Network Etico deduce che l'AS.GE.SA. doveva essere esclusa dalla gara per non aver reso la dichiarazione di cui all'art. 38 lett. h) del D.Lgs. 12/4/2006 n. 163 con riguardo all'affidamento dei subappalti.

La doglianza è infondata.

Il bando di gara stabiliva, a pag. 5, che ai fini dell'ammissione alla procedura concorsuale i concorrenti dovessero, tra l'altro, dichiarare "di non aver reso, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio".

A pag. 4 il medesimo bando, prevedeva, inoltre, che la dichiarazione circa il possesso dei requisiti dovesse essere redatta "secondo

l'allegato A", il quale a sua volta non contemplava, fra le attestazioni occorrenti, anche quella relativa alla insussistenza di "false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti ... per l'affidamento dei subappalti".

Nessun rimprovero, pertanto, può essere mosso alla ricorrente principale per la contestata incompletezza della dichiarazione, del tutto conforme come più sopra rilevato alle previsioni della lex specialis della procedura.

Col secondo motivo del gravame incidentale il controinteressato lamenta che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione per non aver reso correttamente la dichiarazione di cui all'art. 38, lett. l), del D. Lgs. 163/2006.

Il modulo di dichiarazione predisposto dall'amministrazione contemplava, infatti, più opzioni fra loro incompatibili e l'AS.GE.SA. non ha eliminato quella inconferente rispetto alla propria situazione, così rendendo incomprensibile il contenuto della relativa dichiarazione.

Il motivo non merita accoglimento.

Il bando di gara stabiliva, a pag. 5, che il concorrente dovesse dichiarare "di ottemperare agli obblighi di cui all'art. 17 della L. 68/99 sulla tutela del diritto al lavoro dei disabili, ovvero

1 – (per le imprese che occupano non più di 15 dipendenti e da 15 a 35 dipendenti che non abbiano effettuato nuove assunzioni dopo il 18 gennaio 2000): di non essere assoggettato agli obblighi di

assunzione obbligatorie di cui alla L. 68/99;

2 - (per le imprese che occupano più di 35 dipendenti o per le imprese che occupano da 15 a 35 dipendenti che abbiano effettuato nuove assunzioni dopo il 18 gennaio 2000): di essere in regola con gli obblighi di cui all'art. 17 della L. 68/99”.

La ricorrente principale, tramite l'apposito modulo di dichiarazione, ha dichiarato di ottemperare agli obblighi di cui all'art. 17 della L. 68/99 sulla tutela del diritto al lavoro dei disabili, senza però cancellare una delle due previste opzioni, così da lasciare in vita solo quella attinente alla propria posizione.

Tuttavia, l'omissione non è tale da incidere sul contenuto essenziale della dichiarazione dovuta, contenuto che si sostanzia nell'attestare “di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili” come si ricava oltre che dal bando dal combinato disposto degli artt. 38, lett. l), del D. Lgs. n. 163/2006 e 17 della L. 12/3/1999 n. 68.

Attestazione puntualmente resa dall'AS.GE.SA.

In definitiva il ricorso incidentale è infondato, per cui nulla osta all'esame nel merito del ricorso principale.

Il primo motivo di gravame è fondato.

Il bando di gara stabiliva che, ai fini dell'ammissione alla procedura concorsuale, i concorrenti dovessero, tra l'altro, dimostrare di aver “svolto attività di assistenza domiciliare, organizzazione e gestione, uguale a quella del presente appalto, negli anni 2006/2007/2008

presso pubbliche amministrazioni” ... e ... realizzato un fatturato non inferiore all'importo del presente appalto ...”.

Nella domanda di partecipazione il Consorzio Regionale Territoriale Network Etico ha dichiarato che il “requisito di cui sopra è stato svolto dalle seguenti ditte consorziate e nominate per l'esecuzione del servizio:

- Cento Attività Soc. Coop. Sociale Onlus;
- Isola Verde Soc. Coop. Sociale Onlus”.

Come emerge dallo statuto depositato in giudizio il Consorzio in questione è una società cooperativa sociale consortile costituita, in data 28/3/2008, da un gruppo di cooperative, anche ai sensi dell'art. 8 della L. 8/11/1991 n. 381.

Si tratta, dunque, di un consorzio (di secondo grado) di cooperative, cui si applica l'art. 27 del D. Lgs. C.P.S.14/12/1947 n. 1577.

Il medesimo è, quindi, ammesso a partecipare alle gare di appalto per l'affidamento di pubblici servizi, ai sensi dell'art. 34, lett. b), del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163.

Il relazione a questi ultimi trova applicazione il successivo art. 35 del medesimo decreto legislativo immediatamente operante anche in mancanza del regolamento ivi previsto, essendo la norma di per sé autosufficiente.

In base alla detta disposizione: “I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c), devono essere

posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”.

Ne consegue che l'aggiudicatario non poteva comprovare il possesso del requisito in questione facendo riferimento a quello posseduto dalle consorziate designate per l'esecuzione del servizio, ma avrebbe dovuto

possederlo e comprovarlo in proprio, con l'unica eccezione dei requisiti “relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera e all'organico medio annuo, i quali solo sono computati cumulativamente in capo al Consorzio ancorché posseduti dalle singole consorziate” (Cfr. Cons. Stato V Sez., 22/12/2008 n. 6498, seppure con riferimento ai requisiti di qualificazione, T.A.R. Lazio – Roma, III Sez., 23/11/2009 n. 11482).

E' indubbio, come sostenuto da amministrazione resistente e controinteressato, che anche i consorzi del tipo cui quest'ultimo appartiene possano soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di partecipazione previsti dal bando di gara, facendo ricorso all'istituto dell'avvalimento, ma a tal fine devono sussistere le condizioni richieste perché l'istituto in questione in concreto operi.

Gli artt. 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE del 31/3/2004 consentono agli operatori economici di avvalersi delle capacità

economico – finanziarie e tecnico – professionali di altri soggetti, ma a patto che dimostrino di poter effettivamente disporre dei mezzi necessari messi a disposizione del soggetto ausiliante, anche attraverso presentazione di apposito impegno a fornire il requisito, da parte di quest'ultimo.

L'art. 49 del D. Lgs. 163/2006, poi, nell'attuare nell'ordinamento interno le dette disposizioni comunitarie, ha stabilito, che ai fini dell'avvalimento debba, tra l'altro, essere allegata alla domanda di partecipazione “una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente”.

Nel caso concreto, il Consorzio Regionale Territoriale Network Etico ha indicato quali esecutrici del servizio le proprie consorziate, Cento Attività Soc. Coop. Sociale Onlus e Isola Verde Soc. Coop. Sociale Onlus, ed ha dichiarato di far riferimento a queste ultime per dimostrare il possesso del requisito concernente l' “attività di assistenza domiciliare, organizzazione e gestione, uguale a quella del presente appalto, negli anni 2006/2007/2008 presso pubbliche amministrazioni” e il “fatturato non inferiore all'importo del presente appalto ...” .

Le due consorziate, a loro volta, hanno, tra l'altro, dichiarato di impegnarsi ad effettuare il servizio con le modalità indicate nel capitolato speciale d'appalto.

Orbene, ad avviso del Collegio nel descritto contesto non sono ravvisabili

le condizioni richieste per l'operatività dell'avvalimento.

Le dichiarazioni rese dalle consorziate, infatti, non contemplano alcun vincolo delle medesime a fornire al Consorzio il requisito di cui quest'ultimo è privo, né l'aggiudicatario ha, altrimenti, dimostrato alla stazione appaltante di poter disporre del "requisito" mancante.

Al riguardo, diversamente da quanto sostenuto dal controinteressato nella memoria difensiva depositata in data 27/7/2009, nessuna rilevanza può essere attribuita al fatto che l'art. 5, comma 20, dello statuto abilita la società consortile a "stipulare convenzioni e assumere appalti con amministrazioni locali, regionali, statali anche autonome, con enti pubblici italiani ed europei, con aziende private per l'acquisizione di servizi e di lavori, per farli eseguire dai propri soci secondo modalità che saranno definite da appositi regolamenti interni".

Dalla disposizione statutaria, infatti, non discende alcun obbligo per il socio.

Ai fini di causa risulta, inoltre, privo di rilevanza il riferimento fatto dal Consorzio Regionale Territoriale Network Etico alla relazione intercorrente tra Consorzio stesso e cooperative consorziate.

Vero è che quest'ultima, come correttamente dedotto dall'aggiudicatario, viene comunemente descritta in termini di rapporto organico, con la conseguenza che l'attività posta in essere

da ciascuna cooperativa, nella sua qualità di consorziata, è immediatamente imputabile al consorzio (cfr. Cons. Stato, VI Sez., 20/6/2007 n. 3477 e 29/4/2003 n. 2183). Ma ciò, nella fattispecie, non può essere di alcun giovamento all'aggiudicatario.

Ed invero, quest'ultimo è stato costituito solo nel 2008 e pertanto solo da tale data ha potuto acquisire le referenze apportate dai propri soci.

Il requisito di capacità tecnica e di fatturato richiesto dal bando di gara, come già più sopra evidenziato, era, invece, riferito al triennio 2006/2007/2008, con la conseguenza che il Consorzio non lo possedeva in proprio e, giusta quanto sopra rilevato, non poteva, nemmeno, avvantaggiarsi, sic et simpliciter, del requisito posseduto dalle proprie consorziate.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, in ordine alla possibilità del Consorzio aggiudicatario di utilizzare l'istituto dell'avvalimento per comprovare il possesso del requisito mancante, deve ritenersi che non sussistano i dubbi, prospettati dal controinteressato, di compatibilità dell'art. 35 del D. Lgs. n. 163/2006 con la normativa comunitaria, circostanza questa che esime il Collegio dal sollevare la relativa questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del Trattato dell'Unione europea.

Il ricorso va, quindi, accolto.

Sussistono validi motivi per disporre l'integrale compensazione di spese ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla l'impugnata aggiudicazione.

Rigetta il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del 16 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Grazia Flaim, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO