

N. 00774/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00353/2011 REG.RIC.



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 353 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

KCS Caregiver Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Di Ienno, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Giuseppe Accardi in Cagliari, via Tola, n. 21;

contro

Comune di Alghero, rappresentato e difeso dall'avv. Sergio Caracciolo e domiciliato presso la Segreteria del T.A.R. Sardegna in Cagliari, via Sassari n. 17;

nei confronti di

Coop. Sociale Quadrifoglio, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Maria Lei, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Gianfranco Trullu in Cagliari, via Carrara n. 4;

Consorzio Parsifal, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della nota 3/3/2011 prot. n. 73 con cui il Comune di Alghero comunicato alla ricorrente di aver definitivamente aggiudicato alla costituenda ATI fra le controinteressate, il servizio di gestione del Centro Residenziale per Anziani;

della determinazione 2/3/2011 n. 203/2011 con cui è stata disposta la suddetta aggiudicazione definitiva;

di tutti i verbali di gara, del bando e del disciplinare di gara;

per la declaratoria

dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato;

e per la condanna

dell'amministrazione intimata al risarcimento dei danni.

Visti ricorso, motivi aggiunti e relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Alghero e della Coop. Sociale Quadrifoglio.

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti.

Visti tutti gli atti della causa.

Nominato relatore per l'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2011 il Consigliere Alessandro Maggio e uditi l'avv. G. Accardi in sostituzione dell'avv. E. Di Ienno per la ricorrente, l'avv. S. Caracciolo per l'amministrazione resistente e l'avv. M. Barberio in sostituzione dell'avv. A.M. Lei per la controinteressata.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Considerato:

- a) che la KCS Caregiver Cooperativa Sociale ha partecipato alla gara bandita dal Comune di Alghero per l'affidamento del servizio di gestione del Centro Residenziale per Anziani classificandosi al secondo posto, dietro la costituenda ATI fra la Cooperativa Sociale Quadrifoglio e il Consorzio Parsifal a cui è stato definitivamente aggiudicato l'appalto;
- b) che con ricorso seguito da motivi aggiunti la KCS Caregiver ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione deducendo, tra l'altro, l'inidoneità del contratto di avvalimento prodotto dalla costituenda ATI aggiudicataria al fine di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei prescritti requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico – organizzativa da parte del Consorzio Parsifal (prima censura dei motivi aggiunti);
- c) che la controinteressata ha eccepito l'irricevibilità dei motivi aggiunti deducendo che la ricorrente avrebbe acquisito piena conoscenza del contratto di avvalimento sin dal 16 marzo 2011;
- d) che in base ad un pacifico orientamento giurisprudenziale l'onere di fornire la rigorosa dimostrazione della tardività dell'impugnazione incombe su colui che solleva l'eccezione (cfr. T.A.R. Sardegna, I Sez., 13/1/2011, n. 14; Cons. Stato, VI Sez., 31/3/2011, n. 2006);
- e) che nel caso di specie l'affermazione della controinteressata è rimasta del tutto sfornita di prova;

- f) che pertanto l'eccezione non può essere accolta;
- g) che, peraltro, il detto contratto è stato depositato in giudizio dall'intimata amministrazione in data 6 maggio 2011, mentre i motivi aggiunti risultano portati alla notifica il successivo 17 maggio e quindi tempestivamente;
- h) che, conseguentemente, i motivi aggiunti possono essere esaminati nel merito;
- i) che affinché l'istituto dell'avvalimento possa operare non è sufficiente che l'impresa ausiliaria si impegni semplicemente a "prestare" il requisito mancante, quale mero valore astratto, ma occorre che assuma, sin da principio, l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito, a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (cfr. Cons. Stato, III Sez., 18/4/2011 n. 2344);
- l) che nel caso di specie, al fine di soddisfare i richiesti requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa di cui era privo,
- il Consorzio Parsifal, ha prodotto un contratto di avvalimento col quale l'impresa ausiliaria non si è immediatamente obbligata a fornire i requisiti mancanti, ma si è limitata ad assumere l'impegno di addivenire, in caso di aggiudicazione, alla stipula di un successivo contratto finalizzato al perfezionamento dell'accordo raggiunto (si

legge nel contratto di avvalimento prodotto in giudizio: “Il presente accordo dovrà essere perfezionato, in caso di aggiudicazione, con un ulteriore contratto ...”);

m) che, pertanto, l’obbligazione contratta dall’impresa ausiliaria è priva di quei caratteri di attualità che costituiscono elemento essenziale del contratto di avvalimento;

n) che contrariamente a quanto asserito dalla Cooperativa Sociale Quadrifoglio (memoria difensiva depositata in data 24/6/2011) nessun elemento ermeneutico consente di ritenere attuale l’obbligazione assunta dall’impresa ausiliaria;

o) che ugualmente priva di rilievo, ai fini in discorso, è la circostanza (invocata dalla controinteressata) che, nel caso concreto, il ruolo di impresa ausiliaria fosse rivestito dalla stessa mandataria del raggruppamento, con conseguente assunzione di responsabilità solidale di quest’ultima nei confronti della stazione appaltante, atteso che, comunque, l’inidoneità del contratto di avvalimento non consente la legittima partecipazione alla gara dell’impresa ausiliata;

p) che in ogni caso nel contratto di avvalimento prodotto dal Consorzio Parsifal non è nemmeno specificato che l’obbligazione da assumere col futuro contratto dovrà avere ad oggetto le risorse dell’impresa ausiliaria e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l’attribuzione dei requisiti “prestati” e quindi strutture, personale qualificato, tecniche operative e mezzi collegati ai detti requisiti;

- q) che alla luce delle considerazioni svolte il contratto di avvalimento di che trattasi risulta inidoneo a soddisfare il possesso dei requisiti di cui Consorzio Parsifal è privo;
- r) che la censura esaminata risulta quindi fondata;
- s) che l'impugnazione va accolta con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione impugnato;
- t) che non essendo stato il contratto d'appalto ancora stipulato (si veda memoria difensiva del comune depositata in data 20/6/2011) sulla domanda concernente l'accertamento della sua inefficacia non vi è luogo a provvedere;
- u) che sussistendo tuttora la possibilità di ottenere l'aggiudicazione del contratto, non sono nella fattispecie configurabili danni risarcibili, per chi la relativa domanda, peraltro genericamente proposta, non merita accoglimento;
- v) che spese ed onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, devono seguire la soccombenza, nei confronti dell'amministrazione intimata, mentre possono essere compensati nei riguardi delle controinteressate.

P.Q.M.

Accoglie la domanda impugnatoria proposta col ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla l'impugnata aggiudicazione.

Dichiara inammissibile la domanda di accertamento dell'inefficacia del contratto e rigetta quella risarcitoria.

Condanna l'intimata amministrazione al pagamento delle spese

processuali in favore della parte ricorrente, liquidandole forfettariamente in complessivi € 4.000/00 (quattromila), oltre I.V.A. e C.P.A., nella misura di legge e restituzione di quanto pagato a titolo di contributo unificato.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Grazia Flaim, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/07/2011

IL SEGRETARIO

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