



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1425 del 2010, proposto da:

Cooperativa Sociale “*Vita Nova*” Onlus, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’Avv. Pietro Ragona e dall’Avv. Egidio Annechini, con domicilio eletto in Venezia presso lo studio dell’Avv. Alessio Cervetti, S. Croce, 312/A;

***contro***

Azienda U.L.S.S. n. 7 Pieve di Soligo (Tv), in persona del suo Direttore Generale *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall’Avv. Diego Signor, con domicilio eletto presso la Segreteria di questo Tribunale, a’ sensi e per gli effetti dell’art. 25, comma 1, cod. proc.amm.

***nei confronti di***

Società Cooperativa Sociale “*I Tigli 2*” Onlus, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall’Avv. Elisa De Bertolis e dall’Avv. Giorgio Pinello, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Venezia, San Polo, 3080/L;

***per l'annullamento***

della delibera n. 194 dd. 11 febbraio 2010 del Direttore Generale dell'Azienda U.L.S.S. n. 7 di Pieve di Soligo, recante l'aggiudicazione a favore della controinteressata Società Cooperativa Sociale "*I Tigli 2*" Onlus dell'appalto del servizio di gestione e manutenzione dei presidi/ausili sanitari per anni 4, con eventuale proroga per anni 3, e di ogni altro atto presupposto e conseguente; nonché per il risarcimento dei danni discendenti dagli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda U.L.S.S. n. 7 di Pieve di Soligo e della Società Cooperativa Sociale "*I Tigli 2*" Onlus;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Cooperativa Sociale "*I Tigli 2*" Onlus avverso la mancata esclusione della Cooperativa Sociale "*Vita Nova*" Onlus dalla relativa gara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2010 il dott. Fulvio Rocco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti a' sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto quanto segue.

1. Con bando di gara e annessi disciplinare di gara e capitolato speciale l'Azienda U.L.S.S. n. 7 di Pieve di Soligo (Treviso) ha indetto un procedimento di scelta del contraente al fine dell'affidamento dell'appalto del servizio di gestione e manutenzione dei presidi/ausili sanitari per anni 4, con eventuale proroga per anni 3 (cfr. doc.ti 1, 2 e 3 di parte ricorrente).

Alla gara hanno partecipato la Società Cooperativa Sociale "*I Tigli 2*" Onlus e

l'odierna ricorrente Cooperativa Sociale "*Vita Nova*" Onlus, precedente affidataria del medesimo servizio.

Con deliberazione n. 194 dd. 11 febbraio 2010 il Direttore Generale dell'Azienda U.L.S.S. n. 7, in esito a tale procedimento, ha disposto l'aggiudicazione del servizio a favore de "*I Tigli 2*".

Il testè riferito provvedimento di aggiudicazione è stato impugnato da "*Vita Nova*" mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto a' sensi dell'art. 8 del D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199 in data 21 maggio 2010.

"*Vita Nova*" ha dedotto al riguardo l'avvenuta violazione dell'art. 49 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, rilevando in tal senso che "*I Tigli 2*", carente del requisito di aver "*svolto per almeno due anni nell'ultimo quinquennio servizi di manutenzione e/o gestione di presidi/ausili sanitari*" inderogabilmente contemplato dalla *lex specialis* di gara, aveva prodotto a corredo della propria domanda di partecipazione al procedimento di scelta del contraente un contratto di avvalimento, asseritamente in semplice fotocopia e stipulato con la Cooperativa Sociale "*Nike kai Dike*" (Νίκη και Δίκη) Onlus, titolare – per contro – del requisito medesimo.

Ad avviso di "*Vita Nova*", anche al di là dell'assorbente circostanza che il sopradescritto contratto non sarebbe stato prodotto alla stazione appaltante in originale o in copia autentica come viceversa disposto dal predetto art. 49 del D.L.vo 163 del 2006, l'avvalimento di "*Nike kai Dike*" da parte de "*I Tigli 2*" risulterebbe ulteriormente violare lo stesso art. 49 in quanto il contratto medesimo non sarebbe oneroso e risulterebbe privo dell'elencazione delle risorse organizzative e umane delle quali l'impresa ausiliata intende avvalersi.

La ricorrente ritiene inoltre lo stesso contratto invalido, in quanto asseritamente indeterminato nell'oggetto e privo di corrispettivo.

Con atto di opposizione proposto a' sensi dell'art. 9, quarto comma, del D.P.R. 1199 del 1971 l'Azienda U.L.S.S. ha chiesto la trasposizione del ricorso straordinario di "*Vita Nova*" nella presente sede di giudizio, eccependo contestualmente l'inammissibilità del ricorso medesimo sia in quanto proposto allorquando per effetto dell'art. 8, comma 1, del D.L.vo 20 marzo 2010 n. 53, modificativo sul punto dell'art. 245 del D.L.vo 163 del 2006, era stata preclusa la possibilità di impugnazione mediante tale mezzo degli atti emessi nei procedimenti di scelta del contraente da parte delle pubbliche amministrazioni, sia in quanto proposto dopo che lo stesso ricorrente aveva già impugnato sub R.G. 1283 del 2010 innanzi a questo stesso T.A.R. la medesima deliberazione di aggiudicazione n. 194 del 2010.

"*Vita Nova*" si è quindi - a sua volta - costituita innanzi a questo giudice, a' sensi dell'art. 10 del D.P.R. 1199 del 1971, replicando puntualmente alle sopradescritte eccezioni avversarie e insistendo per l'accoglimento della propria impugnazione.

La medesima ricorrente ha – altresì – contestualmente proposto una domanda di risarcimento dei danni asseritamente discendenti dagli atti impugnati.

Si sono parimenti costituite l'Azienda U.L.S.S. n. 7 di Pieve di Soligo e la controinteressata "*I Tigli 2*" insistendo preliminarmente per l'accoglimento delle predette eccezioni di inammissibilità dell'impugnativa proposta da "*Vita Nova*", ma replicando anche nel merito alle censure avversarie e concludendo comunque in via subordinata per la loro reiezione.

"*I Tigli 2*" ha pure proposto ricorso incidentale avverso la mancata esclusione di "*Vita Nova*" dalla gara, in quanto l'offerta economica presentata da quest'ultima risulterebbe difforme dal fac-simile annesso al capitolato speciale di gara segnatamente per quanto attiene alla mancata menzione di talune

condizioni stabilite come inderogabili da parte della stazione appaltante, nonché in quanto la medesima “*Vita Nova*” risulterebbe priva dei requisiti contemplati al riguardo dalla L. 25 gennaio 1994 n. 82.

2. Tutto ciò premesso, il Collegio evidenzia preliminarmente che:

a) il ricorso straordinario innanzi al Presidente della Repubblica va nella specie considerato come ritualmente proposto poiché, se è ben vero che per effetto dell’art. 8, comma 1, del D.L.vo 20 marzo 2010 n. 53, modificativo dell’art. 245 del D.L.vo 163 del 2006 e pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 84 del 12 aprile 2010, è stata preclusa la possibilità di impugnare con tale mezzo gli atti relativi alle procedure di scelta dei contraenti da parte dei soggetti aggiudicanti contemplati dal D.L.vo 163 del 2006, nel caso di specie il termine decadenziale di 120 giorni già contemplato al riguardo dall’art. 8 del D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199 per impugnare la deliberazione n. 194 dd. 11 febbraio 2010 adottata dal Direttore Generale dell’Azienda U.L.S.S. n. 8 non era ancora decorso all’atto dell’entrata in vigore dello *ius novum*, con conseguente salvezza del termine medesimo proprio in quanto non osta in proposito alcuna norma contenuta nella disciplina sopravvenuta: e ciò anche in conformità della giurisprudenza che complessivamente riconosce, in fattispecie consimili, il c.d. “*diritto processuale quesito*” (cfr., ad es., Corte Cost. 30 luglio 2008 n. 309, Cass. pen, Sez. V, 17 maggio 2000 n. 2883 e Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2002 n. 8);

b) dall’ulteriore ricorso proposto da “*Vita Nova*” sub R.G. 1283 del 2010 innanzi a questo stesso T.A.R. (e *medio tempore* definito con sentenza n. 1283 dd. 7 aprile 2010 resa da questa Sezione, dichiarativa dell’irricevibilità del ricorso medesimo) avverso la deliberazione di aggiudicazione n. 194 del 2010, qui parimenti impugnata, non possono discendere effetti preclusivi nei confronti dell’impugnativa qui in decisione, stante il fatto che il ricorso

predetto (cfr. doc. 1 dell'Amministrazione resistente) reca censure essenzialmente diverse nel loro contenuto, riferite esclusivamente alla formazione della commissione giudicatrice della gara e che – ove accolte, e a differenza di quanto invece qui dedotto dalla ricorrente in ordine alla validità del contratto di avvalimento prodotto da in sede di gara da “*I Tigli 2*” – avrebbero determinato la caducazione dell'intero procedimento di scelta del contraente; infatti, la valutazione circa l'applicazione della regola dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale richiede una disamina attenta del *petitum* dei diversi giudizi, che deve essere necessariamente identico in entrambi per affermare la violazione della regola medesima, non essendovi margini per un'applicazione analogica di quest'ultima (cfr., puntualmente, Cons. Stato, Sez. V, 10 maggio 2010 n. 2769).

3. Sempre in via preliminare, il Collegio evidenzia che il ricorso incidentale proposto da “*I Tigli 2*” va correttamente disaminato per primo, in quanto recante vere e proprie eccezioni in ordine alla legittimazione del ricorrente principale a partecipare al procedimento di scelta del contraente (cfr. sul punto, ad es., la sentenza 2 settembre 2008 n. 2647 resa da questa stessa Sezione).

Tale impugnativa va, peraltro, respinta.

La censurata difformità dell'offerta economica presentata da “*Vita Nova*” rispetto al fac-simile annesso al capitolato speciale per quanto attiene alla mancata menzione di talune condizioni stabilite come inderogabili da parte della stazione appaltante è infatti superata dalla circostanza che tale concorrente ha comunque sottoscritto nella propria domanda di partecipazione alla gara l'accettazione delle condizioni stesse; né rileva l'asserito difetto in capo a “*Vita Nova*” dei requisiti di cui alla L. 25 gennaio

1994 n. 82, recante la disciplina delle attività di pulizia, di disinfezione, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione: ossia di attività non rese, nella specie, oggetto di affidamento.

4. Può pertanto essere ora disaminato il contenuto dell'impugnativa già proposta in sede straordinaria da "*Vita Nova*" e qui trasposta.

Essa va respinta.

Come è ben noto, nell'istituto dell'avvalimento nei contratti pubblici, quale ricavabile dalla sua genesi comunitaria, sussiste l'irrilevanza per la stazione appaltante dei rapporti sottostanti esistenti fra il concorrente e il soggetto imprenditoriale "*avalso*", essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo, in adesione all'attuale normativa comunitaria (artt. 47 e 48 della direttiva 18/2004/CE e art 54 della direttiva 17/2004/CE), laddove è espressamente stabilito che "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi" (cfr. sul punto la sentenza n. 1011 dd. 26 marzo 2010, resa da questa stessa Sezione): e ciò nella precipua considerazione che la finalità dell'istituto dell'avvalimento è chiaramente quella di consentire la massima partecipazione alle gare ad evidenza pubblica, permettendo alle imprese non in possesso dei requisiti tecnici, di sommare, unicamente per la gara in espletamento, le proprie capacità tecniche ed economico-finanziarie a quelle di altre imprese (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez V, 3 dicembre 2009 n. 7592 e T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 12 marzo 2010 n. 612).

In tal senso, quindi, il contratto di avvalimento assume carattere atipico nell'ambito dell'autonomia contrattuale che il nostro ordinamento garantisce alle parti ex art. 1322 c.c., e si sostanzia nella messa a disposizione dell'azienda (intesa quale complesso di beni organizzato per l'esercizio delle

attività di impresa ex art. 2555 c.c.) di cui è titolare l'impresa ausiliaria a favore dell'impresa partecipante alla gara; può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 3 dicembre 2009 n. 12455).

Secondo la tesi della ricorrente, oggetto del contratto di avvalimento non potrebbe essere in tal senso la sola referenza maturata in passato dall'impresa ausiliaria, ma l'intera sua azienda: ossia non un mero fatto storico, ma l'insieme dei suoi mezzi e della propria organizzazione produttiva.

Il Collegio, per parte propria, rileva innanzitutto che è destituita innanzitutto di fondamento l'affermazione della ricorrente secondo la quale il contratto di avvalimento prodotto da "I Tigli 2" in sede di gara non sia costituito dall'originale dello stesso ovvero dalla sua copia resa conforme all'originale, come per l'appunto disposto dall'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006.

Si trae conferma di ciò dal doc. 2 di parte resistente, secondo elenco, costituito dalla nota Prot. 30980 dd. 3 settembre 2010 con la quale il Dirigente preposto al Servizio Affari Generali e Legali dell'Azienda U.L.S.S. n. 7 ha trasmesso al proprio patrocinio *"in allegato, copia dell'originale del contratto di avvalimento stipulato tra la Cooperativa Sociale "I Tigli 2" e la Cooperativa Sociale "Nike kai Dike" ausiliaria"* (cfr. *ivi*).

Venendo quindi alla contestazione di fondo della ricorrente in ordine all'asserita impossibilità per l'impresa ausiliaria di conferire in avvalimento una sola propria referenza maturata in passato, ad avviso del Collegio risulta per contro possibile, proprio in quanto non vietata dalla disciplina comunitaria e di diritto interno, anche la messa a disposizione a favore del partecipante alla gara di parte e non già della totalità delle risorse aziendali di cui è titolare l'impresa ausiliaria medesima, ivi dunque compresi i requisiti



immateriale costituiti - come, per l'appunto, nel caso di specie - dal pregresso svolgimento di servizi omologhi a quelli posti in gara e che l'impresa ausiliata intenderebbe a sua volta disimpegnare.

Il contratto di avvalimento stipulato nella specie individua con esaustiva chiarezza l'oggetto conferito da Nike kai Dike a "I Tigli 2", ossia lo specifico requisito di aver "svolto per almeno due anni nell'ultimo quinquennio servizi di manutenzione e/o gestione di presidi/ausili sanitari" contemplato dal bando di gara: oggetto che, pertanto, non è indeterminato e che consente a "I Tigli 2" di avvalersi dell'esperienza di Nike kai Dike maturata in tale settore mediante assistenza anche discontinua e a distanza, stante l'intuitiva insussistenza al riguardo di particolari complessità tecniche in ordine alle modalità gestionali del servizio e agli interventi di riparazione eventualmente necessari.

Nè, da ultimo, può sostenersi - a differenza di quanto opinato dalla ricorrente - che il contratto in questione sia invalido poiché gratuito: e ciò non solo perché l'assenza di pattuizione di un corrispettivo di per sé non significa che il contratto sia gratuito, potendo al riguardo provvedere il giudice in difetto di un accordo tra le parti (cfr. art. 1709 c.c.), ma anche - e soprattutto - in quanto l'assodata atipicità del contratto di avvalimento non determina alcun limite o vincolo in ordine alla causa del negozio e alla previsione del corrispettivo, posto che la riconducibilità del contratto stesso allo schema generale del mandato rende *ex se* irrilevante ai fini della validità del vincolo instaurato tra le parti l'avvenuta assunzione, da parte del mandante, dell'obbligo di corrispondere al mandatario un compenso per l'attività da lui svolta, trattandosi di obbligo che a' sensi dell'art. 1709 c.c. è solo presunto (cfr. sul punto la sentenza n. 3451 dd. 6 novembre 2008, resa da questa stessa Sezione).

5. Dalla reiezione del ricorso principale consegue l'improcedibilità del ricorso

incidentale per sopravvenuta carenza di interesse alla sua decisione (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, 10 aprile 1994 n. 344).

6. Le spese e gli onorari del giudizio possono essere integralmente compensati tra tutte le parti, stante la particolarità delle diverse questioni sottoposte al giudizio del Collegio, confermando peraltro a carico della sola parte ricorrente il pagamento del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.L.vo 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

P.Q.M.

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)**

definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Società Cooperativa Sociale “*I Tigli 2*” Onlus.

Compensa integralmente tra tutte le parti le spese e gli onorari del giudizio, confermando peraltro a carico della sola parte ricorrente il pagamento del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.L.vo 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' \_\_\_\_\_ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

---

---

---

IL FUNZIONARIO