



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 570 del 2010, proposto da:  
“INSIEME SI PUÒ” COOPERATIVA SOCIALE, rappresentata e  
difesa dagli avv. Maurizio Santarelli e Marco Sechi, con domicilio eletto  
presso Segreteria T.A.R. Sardegna in Cagliari, via Sassari N.17;

***contro***

COMUNE DI BARATILI SAN PIETRO non costituitosi in giudizio;

***nei confronti di***

“SERVIZI SOCIALI ONLUS” COOPERATIVA SOCIALE,  
rappresentata e difesa dagli avv. Mauro Barberio, Stefano Porcu, con  
domicilio eletto presso il loro studio in Cagliari, via Garibaldi N.105;

***per l'annullamento***

del provvedimento di aggiudicazione definitiva, portato a conoscenza con nota datata 31.5.2010, prot. 2803, ricevuta in data 1.6.2010, con la quale la stazione appaltante comunicava alla odierna ricorrente l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della Cooperativa Sociale "Servizi Sociali Onlus" di Solarussa;

nonchè di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Cooperativa Servizi Sociali Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2010 il Consigliere dott. Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La cooperativa ricorrente e la cooperativa controinteressata (ambedue aventi natura giuridica di "cooperativa sociale") partecipavano alla gara indetta dal comune per l'affidamento del servizio di "assistenza domiciliare" per 31 mesi (presumibilmente dal 1 giugno 2010 al 31

dicembre 2012) per l'importo complessivo di € 116.250, gara indetta dal Comune di Baratili San Pietro.

Hanno partecipato alla gara solamente queste due concorrenti.

Il seggio di gara attribuiva:

- alla controinteressata punti 90 complessivi (ribasso del 5%, pari a punti 30; punteggio qualitativo complessivo 60);
- alla ricorrente. 87,50 complessivi (ribasso del 2,60%, pari a punti 22,50; punteggio qualitativo complessivo 65).

Il servizio veniva quindi aggiudicato alla cooperativa sociale "servizi sociali ONLUS", inizialmente in via provvisoria con determinazione dell'11 maggio 2010 n. 68, e, poi, in via definitiva con determinazione del 25 maggio 2010 n. 83 (come da comunicazione del 31/5 pervenuta alla ricorrente l'1/6/2010).

Nel corso del procedimento (in particolare il dato risulta dal verbale del 7 maggio 2010) il rappresentante della cooperativa ricorrente rilevava che tra la documentazione presentata dalla cooperativa sociale controinteressata non era presente la dichiarazione ex articolo 38 del codice 163/2006 rilasciata ad eventuali "altre figure" con poteri di rappresentanza e firma (oltre al Presidente, legale rappresentante); tale elemento avrebbe costituito motivo di esclusione già in fase di esame della documentazione amministrativa.

Il presidente della commissione riteneva che non era nella condizione di poter affermare/riscontrare se tra gli amministratori della cooperativa

"servizi sociali" fossero effettivamente presenti altre figure con i poteri indicati, per cui si riservava di accertare il possesso dei requisiti e dell'obbligo della dichiarazione comprovante la situazione di cui all'articolo 38 in sede di aggiudicazione definitiva. In sede di aggiudicazione provvisoria riteneva che andasse rispettato il principio generale di maggior competitività tra i partecipanti alla gara; e nel caso specifico a maggior ragione in quanto il punto d.2 della dichiarazione sostitutiva di atto notorio -da allegare all'istanza- non appariva del tutto chiaro se fosse riferito a tutte le figure degli amministratori con poteri di rappresentanza o solo al legale rappresentante della cooperativa.

Seguiva l'ammissione di entrambi i partecipanti alla gara e l'aggiudicazione alla controinteressata, previa verifica dell'insussistenza di impedimenti sostanziali ex art. 38 Codice contratti.

Con ricorso consegnato per la notifica il 24/6/2010 e depositato il successivo 1/7 la cooperativa sociale "insieme si può" ha contestato l'aggiudicazione in favore della cooperativa sociale controinteressata, formulando le seguenti censure: violazione dell'articolo 97 della costituzione, eccesso di potere per falsità del presupposto, travisamento dei fatti per illogicità, contraddittorietà e irragionevolezza. Lamenta in particolare che:

-la dichiarazione sostitutiva di atto notorio, ex art. 38 Codice contratti, è stata resa solo dalla Presidente della cooperativa sociale Sanna Valeria, legale rappresentante della stessa;

-analoga dichiarazione non è stata resa, in sede di partecipazione, dalla vice-presidente Tendacristina (come da visura camerale);

-non sono stati indicati se vi fossero soggetti “cessati dalla carica” nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, con onere di analoga dichiarazione ex articolo 38.

Le omissioni costituirebbero irregolarità gravi e non sanabili/regolarizzabili, senza possibile ammissione di poteri discrezionali di integrazione da parte della stazione appaltante.

Per tali motivi la cooperativa aggiudicataria, sostiene la ricorrente, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, con conseguente caducazione di tutti gli atti successivi di gara, compreso il contratto. Con pronuncia anche in riferimento agli artt. 245 –bis-ter-quater del Codice appalti.

Si è costituita in giudizio la cooperativa controinteressata sostenendo l'infondatezza del ricorso, citando un precedente giurisprudenziale favorevole, in materia di figura avente solo funzioni vicarie.

Con ordinanza n. 344 del 7.7.2010 è stata fissata udienza di merito "Considerato che le censure formulate in ricorso manifestano aspetti apprezzabili, nonostante la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali difformi (cfr. Tar Lazio, II, 11 maggio 2007 n. 4315 punto 4.2, in materia di dichiarazione ex art. 38 Codice appalti da parte del vice-Presidente); rilevato che per la natura del servizio (assistenza domiciliare) prevale, allo stato, l'interesse pubblico per assicurare temporaneamente l'esplicazione del servizio;

in applicazione dell'art. 23 bis 3° comma della L. Tar 1034/1971 si fissa udienza pubblica al 10 novembre 2010".

Il contratto è stato stipulato l'8.10.2010, con decorrenza 1.9.2010 per 31 mesi (euro 112.000 + iva).

Con memoria la Cooperativa controinteressata ha ribadito l'affidamento incolpevole (nella compilazione del Modello predisposto dalla stazione appaltante), citando Tar Sardegna 2273 del 28.8.2010. Ha evidenziato anche che i poteri della vice presidente non erano generali, ma sussistevano solo "in caso di assenza o impedimento del legale rappresentante" (come da verbale del 27.2.2007 del Consiglio di Amministrazione, che si produce in giudizio).

All'udienza del 10 novembre 2010 la causa, dopo discussione, è stata spedita in decisione.

## DIRITTO

Tre elementi vanno evidenziati nella fattispecie in esame.

**1) Preliminarmente va chiarito che non ci troviamo analizzare ad una controversia scaturita nell'ambito del generale settore di conferimento degli appalti pubblici, ma si tratta di esaminare un peculiare sotto/settore "specifico" di appalti di servizi, ove l'area dei possibili partecipanti è ridotto e ben delimitato, fin dall'inizio, da specifiche situazioni giuridiche soggettive caratterizzanti, stante la previsione di possibilità di partecipazione solo da parte di**

**<cooperative sociali, associazioni, soggetti privati non a fini di lucro>.**

La "Disciplina delle cooperative sociali" trova specifica ed autonoma normazione con la Legge 8 novembre 1991, n. 381 e con le correlate leggi regionali (nel caso della Sardegna: LR 16/1997; 23/2005).

**Tale elemento -delimitazione ambito soggettivo dei partecipanti- non può essere ignorato, con "attenuazione" dei consueti principi applicabili, in via ordinaria, in materia di partecipazione agli appalti da parte (in generale) dei soggetti economici privati (in particolare società commerciali).**

I soggetti ammessi alla gara erano ben individuati e delimitati dal bando (non tutti gli imprenditori potevano prendervi di parte) in quanto, in base al punto 11 della Lex specialis, i soggetti ammessi erano esclusivamente:

“-le cooperative sociali o loro consorzi il cui oggetto sociale corrisponda a quella dell'appalto e in possesso dell'iscrizione al Registro Regionale istituito ai sensi dell'ex legge 381/91 (per le cooperative con sede in Sardegna è necessaria l'iscrizione all'albo regionale istituito ai sensi dell'articolo 2 della LR 16/1997 sez. A; per le altre l'iscrizione ad analogo registro della regione o Stato di appartenenza dell'unione europea);

-le associazioni ed enti di promozione sociale regolarmente iscritte nel corrispondente registro ex L. 383/2000 iscritte nel Registro Regionale delle Associazioni ai sensi dell'articolo 12 della LR 23/2005;

-altri organismi della cooperazione, fondazioni, organizzazioni di volontariato, enti di patronato, altri soggetti privati non a scopo di lucro, il cui fini istituzionali dell'atto costitutivo e dello statuto corrispondano a quello oggetto dell'appalto”.

La platea era quindi selezionata e ridotta rispetto alla generalità delle realtà imprenditoriali, e ciò proprio in relazione alla peculiarità del servizio che veniva richiesto (assistenza domiciliare).

Trattavasi cioè di soggetti che dovevano vantare <specifiche iscrizioni a registri pubblici> o comunque di soggetti <non aventi fini di lucro>.

**2) Inoltre l'amministrazione aveva predisposto un modello di partecipazione (allegato B), specificamente redatto per il <legale rappresentante>, che prevedeva al punto “d.2” la dichiarazione “di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 163/2006”.**

**Nessun'altra indicazione veniva richiesta per altri soggetti muniti di poteri di amministrazione della società.**

L'articolo 38 del Codice contratti, che prevede i “requisiti di ordine generale”, stabilisce al 1° comma che "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

....c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato.....per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità



che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del <titolare o del direttore tecnico> se si tratta di impresa individuale; del <socio o del direttore tecnico>, se si tratta di società in nome collettivo; dei <soci accomandatari o del direttore tecnico> se si tratta di società in accomandita semplice; degli <amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico> se si tratta di altro tipo di società o consorzio.”

“In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale”.

Al 2° comma l'art. 38 precisa che “ Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre

2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione .”

Al 3° comma dispone che “Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445” (accertamenti d'ufficio).

**La giurisprudenza ha affermato, per le società, che il principio (dichiarazione/esclusione) debba estendersi nei confronti di tutti i soggetti muniti di concreti poteri di amministrazione. Sussistono peraltro casi di attenuazione del rigore della formalità, ove l'Amministrazione nel predisporre i moduli di partecipazione induca in qualche modo in errore il partecipante (con conseguente ammissibilità di facoltà di regolarizzazione successiva) –cfr. Tar Sardegna 2273 del 28.8.2010-.**

3) Dalla nota 2803 del 31 maggio 2010 emerge che è stata richiesta documentazione integrativa alla ditta aggiudicataria prima di procedere all'aggiudicazione definitiva (sulla base di quanto era stato evidenziato in sede di gara dalla cooperativa concorrente).

Ne è seguito l' “accertamento sostanziale” di regolarità della posizione della partecipante (anche in relazione al soggetto che avrebbe potuto svolgere funzioni vicarie - vice presidente della Cooperativa sociale).

\*\*\*

Orbene sono stati posti in luce 3 elementi (requisiti soggettivi ristretti; modello predisposto dall'Amministrazione per il solo legale rappresentante; accertamento sostanziale con integrazione successiva) che il Collegio ritiene utili per definire in modo negativo le censure formulate in ricorso.

A questo va aggiunto il peso (anche al sol fine di documentare un contrasto interpretativo sul punto) della sentenza indicata dalla difesa della Cooperativa controinteressata (TAR Lazio Roma, sez. II, 11 maggio 2007 n. 4315), non condivisa da questo Collegio –in quanto si pone come pronunzia del tutto isolata-, che esonera dall'obbligo di rendere la dichiarazione il “soggetto vicario” che può agire soltanto in caso d'assenza o impedimento del presidente.

L'orientamento decisamente prevalente -per i contratti (ordinari)- è nel senso, invece, che l'obbligo di rendere la dichiarazione sussiste anche per vicepresidente (cfr. Consiglio Stato , sez. V, 15 gennaio 2008 , n. 36; T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. I, 22 aprile 2010 , n. 3795; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 27 maggio 2010 , n. 9649 e 01 marzo 2010 , n. 1206; T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 08 marzo 2010 , n. 311; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 14 dicembre 2009 , n. 1910).

Il Tar Lazio 2007 n. 4315 ha sostenuto invece che “in assenza d'una rigorosa e specifica norma della lex specialis nei riguardi pure dei soggetti vicari, non sussiste alcun obbligo di formulare detta dichiarazione anche per costoro i cui poteri siano meramente eccezionali ed occasionali”.

Ma anche il Tar Basilicata, ancor più recentemente, nella pronuncia sez. I, 22 aprile 2009 , n. 131, ha articolato un distinguo analogo, sostenendo che “fra gli amministratori muniti di potere di rappresentanza rientrano anche i Vice Presidenti o gli amministratori che esercitano il potere di rappresentanza in funzione vicaria, <ma solo quando lo statuto della persona giuridica li abilita a sostituire in qualsiasi momento e per qualsiasi atto il legale rappresentante della persona giuridica, senza intermediazione di autorizzazione o di investitura ulteriore e senza controllo sull'effettività dell'impedimento e dell'assenza del legale rappresentante della persona giuridica>, in quanto l'esercizio della funzione vicaria conferita al Vice Presidente può avvenire in qualsiasi momento.”

Tale elemento –quale espressione di un principio comunque oggettivamente controverso- , unito agli altri, sostiene e legittima la scelta compiuta dall'Amministrazione di consentire all'aggiudicataria di “regolarizzare” le dichiarazioni fornite (tra l'aggiudicazione provvisoria e l'aggiudicazione definitiva) anche da parte della vice-Presidente della Cooperativa sociale.

A maggior ragione in un settore dove la concorrenza viene ampiamente limitata “alla fonte”, consentendo a soggetti (che non sono privati che agiscono a fini di lucro, con importanti strutture burocratiche operative proprie) che operano nel sociale per finalità peculiari, in forza della loro natura di “cooperativa sociale” iscritte al pertinente registro regionale (la

cui iscrizione è soggetta, a sua volta, alla verifica di una serie di requisiti, anche generali, nonché alla previa iscrizione nella sezione cooperative sociali del registro prefettizio).

Soggetti dunque nei confronti dei quali è giustificata l'applicazione di meccanismi di "minor rigore", con favorevole applicazione (e dilatazione, rispetto ai canoni ordinari) del principio di "integrazione successiva". Oltretutto nel caso di specie il modulo di partecipazione attribuiva un affidamento di "autosufficienza" della dichiarazione del legale rappresentante, in capo al partecipante.

**In sostanza il Collegio ritiene che in questo peculiare settore (ove gli operatori non sono società di capitali che agiscono, nel libero mercato, a scopo di lucro) siano utilizzabili criteri meno severi, specie qualora il modulo predisposto dall'Amministrazione non abbia espressamente indicato le altre posizioni degli obbligati a rendere la dichiarazione, inducendo in errore l'operatore "non professionista" di gare.**

**La predisposizione di un Modello (incompleto nelle indicazioni delle dichiarazioni da rendere –da parte di altri soggetti, oltre al legale rappresentante-) non può determinare l'esclusione del concorrente che si è attenuto a tali indicazioni, in quanto va riconosciuto sussistente un affidamento (meritevole di tutela) del partecipante che ha agito coerentemente alle prescrizioni.**

L'omessa indicazione (nel bando e nel modello) di tutti i soggetti che dovevano compiere la dichiarazione non può ricadere in danno al partecipante, con conseguente ammissibilità della verifica/controllo successivo, come in effetti è stato richiesto, in questo caso, fra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva.

Se è vero che la norma di legge può integrare il bando (integrazione automatica) non può ignorarsi l'affidamento che questo crea in ordine alle modalità di redazione della domanda e delle autodichiarazioni espressamente contemplate e riportate nel modulo di partecipazione (che andava solo "completato" e sottoscritto dalla parte, indicata quale "legale rappresentante" della Cooperativa sociale).

L'applicazione dei principi in materia di favor participationis e di tutela dell'affidamento osta all'esclusione di un'impresa in caso di compilazione dell'offerta in conformità al facsimile all'uopo approntato dalla stazione appaltante (cfr. CS, sez. VI, 10 novembre 2004, n. 7278).

Peraltro va segnalato che recentemente lo stesso Consiglio di Stato (cfr. CS, VI, 22.2.2010 n. 1017) esaminando approfonditamente la reale portata (sostanziale) della norma (art. 38), in materia di omessa/erronea dichiarazione e conseguente rilevanza o meno – a fini escludenti immediati-, ha inteso aderire (riconoscendo la

sussistenza di pronunzie non univoche sul punto dello stesso organo d'appello) ad un orientamento meno formalistico e più sostanzialistico, riformando una sentenza del TAR Lombardia, Brescia, del 2009 n. 1499 (che aveva, invece, applicato in modo classico e tradizionale l'art. 38, annullando l'aggiudicazione per avere l'aggiudicataria omessa, in sede di domanda di partecipazione, di rendere in modo integrale una delle dichiarazioni di cui all'art. 38) e valorizzando i seguenti aspetti: preferendo il “diverso orientamento secondo cui una dichiarazione resa ai sensi della lettera c) del comma 1 dell'art. 38, d.lgs. 163 anche se radicalmente omessa (ovvero, non corrispondente alla realtà sottostante) <non comporti comunque l'esclusione dalla gara dell'impresa interessata quando non sussistano in concreto situazioni ostative alla partecipazione>; riconoscendo “la necessità di assicurare che le ipotesi di esclusione vengano ispirate al canone della tassatività e che le relative previsioni rispondano ad effettive esigenze di interesse pubblico, a fronte di inequivoche previsioni normative”; attribuendo valore e rilievo all'elemento che “la stessa *lex specialis* di gara non prevedeva in alcun modo che la dichiarazione relativa ai fatti e alle circostanze di cui all'art. 38, comma 1, lettera c) del ‘codice’ fosse richiesta a pena di esclusione.

Ciò significa che lo stesso Consiglio di Stato ha ritenuto di dover ridurre drasticamente l'area dell'esclusione automatica, richiamando anche la figura del falso innocuo, affrontando la problematica in termini più sostanzialistici e meno formalistici, sulla base di una attenta lettura delle norme, "abbandonando" l'orientamento tradizionale (dello stesso CS Sez. V, sent. 3742/09) che voleva che "il carattere obbligatorio della dichiarazione comporterebbe in via necessaria l'esclusione dalla gara quale mera conseguenza dell'omessa dichiarazione, a prescindere da qualunque vaglio in concreto in ordine alla sussistenza o meno dei requisiti di ordine generale sottesi alla dichiarazione omessa o non conforme al vero".

Spingendosi a sostenere che "trattandosi di <falso innocuo>, privo di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura di evidenza pubblica, come tale non è sanzionabile con l'esclusione (Cons. Stato, Sez. V, sent. 829/09)" (così CS 2010 n. 1017).

In tale pronunzia il CS ha affermato inoltre che "un rilevante argomento in favore della tesi qui condivisa viene fornito dal diritto comunitario, e segnatamente dalla previsione di cui all'art.

45 della direttiva 2004/18/CE in tema di appalti nei c.d. 'settori classici'. Secondo la disposizione da ultimo richiamata, infatti, il rimedio dell'esclusione dalla gara è offerto solo in danno dei



soggetti i quali si siano resi ‘gravemente colpevoli di false dichiarazioni nel fornire le informazioni’ rilevanti ai fini della partecipazione alla gara. Il che, com’è evidente, depone univocamente nel senso che la condotta gravemente colpevole di false dichiarazioni possa essere ravvisata solo a fronte di comportamenti posti in essere al fine di ottenere un vantaggio in termini competitivi, e non anche in caso di condotte verosimilmente poste in essere (come nel caso di specie) per mera dimenticanza o disattenzione o per inesatta interpretazione della disposizione, le quali nulla abbiano arrecato in termini di vantaggio al soggetto agente, il quale risultava in possesso dei necessari requisiti di partecipazione, pure a prescindere dal contenuto (in ipotesi, non conforme alla realtà sottostante) delle dichiarazioni in concreto rese.”

Anche in quel caso il legale rappresentante aveva reso una dichiarazione “incompleta” (omissione di 2 soci).

Ed in quel caso, oltretutto, la controversia si svolgeva fra operatori economici ordinari (società/impresе di pulizie per la gara indetta dallo scalo aeroportuale di Bergamo).

\*\*\*

Per quanto concerne l’altra censura, in ordine ai “cessati dalla carica”, dalla visura della CCIAA prodotta in giudizio risulta che non vi sono state variazioni nell’ultimo triennio (cioè dal momento di affidamento dei

poteri di rappresentanza e di firma sociale conferiti il 27.2.2007). Il bando del 6.4.2010 scadeva il 6.5.2010. Sotto tale profilo la censura è quindi infondata (per assenza di soggetti cessati nel triennio antecedente). In definitiva il ricorso va respinto.

Sussistono peraltro giusti motivi, in considerazione del variegato panorama giurisprudenziale, per disporre l'integrale compensazione delle spese ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/11/2010

IL SEGRETARIO

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