



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 204 del 2012, proposto da:

Società Cooperativa Sociale Lanza del Vasto, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Barilati e Pier Giorgio Coppa, con domicilio eletto presso il loro studio in Genova, via Corsica, 21/18;

***contro***

Comune di Lavagna, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Gerbi, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Roma 11/1;

Comune di Cogorno;

Comune di Né.

***nei confronti di***

Società Cooperativa Sociale CO.M.P.A.S.S. Onlus, rappresentata e difesa dall'avv. Luciano Gallo, con domicilio eletto presso l'avvocato Mario Alberto Quaglia in Genova, via Roma 3/9;

***per l'annullamento***

-della determinazione dirigenziale del 1.2.2012, con cui è stata confermata in via definitiva l'aggiudicazione del servizio di assistenza domiciliare nei Comuni appartenenti all'ambito territoriale sociale n. 57 per il periodo 1° febbraio 2012 – 31 gennaio 2015, a favore della società cooperativa sociale CO.M.P.A.S.S., e si è deciso di dar corso all'esecuzione d'urgenza del servizio a decorrere dal 1.2.2012.;

-di ogni atto connesso, tra cui la determina dirigenziale del 26.1.2012, di approvazione del verbale di gara e di aggiudicazione provvisoria, il verbale di avvio dell'esecuzione dell'appalto in data 31.1.2012 e l'autorizzazione rilasciata dal responsabile unico del procedimento, i verbali di gara relativi alle sedute del 10 gennaio 2012 e 11 gennaio 2012, il verbale della Commissione per la valutazione della congruità delle offerte del 26.1.2012;

e per l'annullamento o per la declaratoria di nullità

del contratto (se ed in quanto stipulato) sottoscritto con la società CO.M.P.A.S.S.,

e quindi per l'aggiudicazione del servizio alla ricorrente;

nonché per la condanna al risarcimento del danno ingiusto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lavagna e della Società Cooperativa Sociale CO.M.P.A.S.S.

Onlus;

Viste le memorie difensive delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2012 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Il Comune di Lavagna, con determinazione n. 1128 del 6.12.2011, ha indetto la gara per l'affidamento della gestione del servizio di assistenza domiciliare nei Comuni appartenenti all'ambito territoriale sociale n. 57 (Lavagna, Cogorno e Né), relativamente al periodo 2012 – 2015, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il servizio in questione è stato svolto, dalla prima metà degli anni '90 sino al 31.1.2012, dalla ricorrente.

Alla selezione hanno partecipato 5 società cooperative.

La commissione di gara, nella seduta dell'11.1.2012, ha identificato come migliore offerta (con punteggio complessivo pari a 95) quella proveniente dalla società cooperativa sociale CO.M.P.A.S.S. Onlus. L'offerta della ricorrente, ritenuta meritevole del secondo posto in graduatoria, ha invece ottenuto complessivamente 92,25 punti.

Con determinazione del 26.1.2012 il Comune ha disposto l'aggiudicazione provvisoria a favore della prima classificata (la quale, per quanto riguarda l'offerta economica, ha indicato come importo complessivo euro 678.030, con un ribasso del 3%, a fronte dell'importo di euro 695.505, con un ribasso dello 0,5%, offerto dalla ricorrente).

Il Comune, ad esito di presentazione delle giustificazioni dell'offerta, ex art. 87 del d.lgs. n. 163/2006, ha ritenuto congrua l'offerta di CO.M.P.A.S.S..

E' seguita l'aggiudicazione definitiva, disposta con determinazione datata 1.2.2012, la quale ha anche stabilito di dar corso all'esecuzione in via d'urgenza.

Il servizio ha avuto inizio, in via d'urgenza, in data 1.2.2012 (documento n. 9 depositato in giudizio dalla stazione appaltante).

Avverso la determina con la quale sono stati decisi l'aggiudicazione definitiva e l'avvio urgente del servizio, la ricorrente è insorta, chiedendo l'aggiudicazione a proprio favore, la declaratoria di nullità dell'eventuale contratto ed il risarcimento del danno ingiusto, e deducendo varie censure.

In pendenza del gravame, in data 18.4.2012, il Comune di Lavagna e CO.M.P.A.S.S. hanno stipulato il contratto d'appalto.

Si sono costituiti in giudizio la cooperativa controinteressata ed il Comune di Lavagna.

Con ordinanza n. 93 del 15.3.2012 è stata respinta l'istanza cautelare.

All'udienza del 18 ottobre 2012 la causa è stata posta in decisione.

#### DIRITTO

In via preliminare occorre soffermarsi sulle questioni in rito.

E' stato eccepito che, mentre la domanda di annullamento o di declaratoria di nullità del contratto di appalto è stata proposta con il ricorso introduttivo, il contratto stesso è stato stipulato successivamente, in data 18.4.2012, con la conseguenza che la ricorrente avrebbe dovuto chiederne la declaratoria di inefficacia con motivi aggiunti e che la mancata notificazione degli stessi implica l'inammissibilità della domanda originariamente proposta avverso il contratto.

L'obiezione è infondata.

Nel ricorso in epigrafe è sostanzialmente manifestata la volontà della ricorrente di ottenere la privazione di effetti

dell'eventuale contratto e di subentrare nell'aggiudicazione, in linea con l'art. 122 del d.lgs. n. 104/2010.

Invero il legislatore non richiede che, qualora la stipulazione del contratto sopravvenga alla notifica del ricorso, la domanda di declaratoria di inefficacia vada proposta mediante motivi aggiunti.

Entrando nel merito della trattazione del gravame, si osserva quanto segue.

Con la prima censura la ricorrente lamenta la mancata presentazione, da parte della controinteressata, delle dichiarazioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 ed agli artt. 10, 15 e 17 del bando di gara; in particolare, evidenzia che risulta tra i documenti di gara la dichiarazione ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 del Presidente Bruno Conti, mancando invece qualsiasi dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. b, c, m, m ter, e comma 2, relativa agli amministratori con potere di rappresentanza Anna Rita Nicolini, Roberta Gussoni, Paolo Panni, Simona Rosi, Claudia Terzoni e Lucia Vergassola, nonché relativa, ex art. 38, comma 1 lett. c, del d.lgs. n. 163/2006, ad Umberto Giorgi (ancorchè quest'ultimo sia stato indicato come cessato dalla carica di vicepresidente il 29.10.2010); infine, la deducente osserva che, relativamente alla signora Eleonora Biancolini (cessata dalla carica di consigliere di amministrazione il 29.10.2010 insieme al signor Giorgi), non è stata presentata alcuna dichiarazione ex art. 38, comma 1 lett. c, del d.lgs. n. 163/2006, e che quindi la controinteressata doveva essere esclusa dalla gara.

Il motivo è infondato.

Il legale rappresentante dell'impresa aggiudicataria (signor Bruno Conti) ha indicato, quali amministratori muniti di potere di rappresentanza, se stesso e i signori Nicolini, Gussoni, Panni, Rosi, Terzoni e Vergassola (documento n. 11 depositato in giudizio), mentre l'art. 37 dello Statuto di CO.M.P.A.S.S. (documento n. 2 depositato in giudizio il 13.3.2012) attribuisce al Vicepresidente (la signora Nicolini Anna Rita –si veda la visura camerale costituente il documento n. 16 depositato in giudizio dalla ricorrente-) i poteri propri del Presidente in caso di assenza o impedimento.

Il signor Bruno Conti, in sede di presentazione dei documenti di gara, ha dichiarato che la società CO.M.P.A.S.S. non si trova nelle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettere a, d, e, g, h, i, l, m, m bis, m quater, del d.lgs. n. 163/2006, e di non trovarsi nelle cause ostative previste dall'art. 38, comma 1, lettere b, c, m, del d.lgs. n. 163/2006; ha inoltre dichiarato che nei confronti del signor Giorgi (vicepresidente cessato dalla carica) non è stata pronunciata sentenza di condanna (documenti identificati col n. 11 depositati in giudizio dal Comune).

La difesa della cooperativa controinteressata obietta che la rappresentanza della stessa spetta esclusivamente al signor Bruno Conti, mentre la difesa del Comune valorizza la dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, circa l'assenza di cause di esclusione in capo alla CO.M.P.A.S.S..

Il Collegio osserva che la cooperativa aggiudicataria non ha reso alcuna dichiarazione relativa ad amministratori muniti di potere di rappresentanza, in particolare, relativa al Vicepresidente (che per norma statutaria esercita poteri propri del Presidente), oltre che agli amministratori indicati in sede di presentazione dei documenti di gara.

Né la dichiarazione della mancanza di cause ostative attestata con riguardo alla società può estendersi agli amministratori, giacchè per quest'ultimi, a differenza della prima, valgono i requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lettere b, c, m, del d.lgs. n. 163/2006, attestati soltanto rispetto al Presidente.

Tuttavia, da un lato l'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici prevede che, in ossequio al principio generale della garanzia di massima partecipazione alla gara, i concorrenti possono essere esclusi solo in casi desumibili dal codice stesso, dall'altro il citato art. 38 prevede l'esclusione dalla gara nei confronti di coloro che siano privi dei requisiti di ordine generale ivi previsti, ma non anche per difetto della presentazione, in sede di procedimento concorsuale, della dichiarazione del possesso di quei requisiti riferiti ad alcuni degli amministratori della società (TAR Liguria, II, 21.4.2011, n. 660), fatta salva dall'art. 46 comma 1 la sola potestà di chiedere la produzione della documentazione mancante.

In definitiva, il combinato disposto dell'art. 38 e dell'art. 46, commi 1 e 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006 suggerisce di privilegiare il dato sostanziale del possesso effettivo dei requisiti, rispetto al dato formale delle insufficienti autocertificazioni prodotte in sede di partecipazione alla gara, talchè la carenza del primo, e non anche la mancanza della certificazione relativa ad alcuni amministratori, può giustificare l'estromissione dalla procedura selettiva.

Non depone in senso contrario la clausola di esclusione inserita nel bando, in quanto il menzionato art. 46 comma 1 bis sancisce la nullità delle prescrizioni statuenti cause di esclusione non desumibili dal codice dei contratti pubblici.

Con la prima parte della seconda censura la ricorrente deduce che la commissione non si è avveduta che la CO.M.P.A.S.S. ha indicato una retribuzione del personale da impiegare nel servizio de quo inferiore al trattamento economico indicato nelle tabelle ministeriali pubblicate il 12.3.2009, e che inoltre la stessa CO.M.P.A.S.S. ha fatto riferimento ad un CCNL non più in vigore.

Il rilievo è infondato.

Il Collegio osserva che la controinteressata, in sede di presentazione degli elementi giustificativi dell'offerta (documento n. 12 depositato in giudizio dalla ricorrente), ha indicato il minimo contrattuale relativo ai propri dipendenti in misura corrispondente a quella pattuita nel contratto collettivo nazionale di lavoro del 30.7.2008 (documento n. 7 ter depositato in giudizio dal Comune).

Quanto al contratto collettivo di lavoro del 16.12.2011, cui la controinteressata ha ommesso di fare riferimento in sede di presentazione della giustificazione dell'offerta, occorre considerare che esso è successivo al giorno di pubblicazione del bando di gara (12.12.2011: si veda la premessa del documento n. 4 depositato in giudizio dal Comune).

Pertanto, occorre fare riferimento al contratto collettivo nazionale sicuramente conosciuto o conoscibile da tutti i concorrenti (cioè a quello del 30.7.2008), tenuto conto che l'offerta (da produrre tra il 12 e il 31 dicembre 2011 ai sensi della lex specialis di gara) poteva essere presentata anche prima della data di sottoscrizione e di pubblicazione del contratto del dicembre 2011, cioè allorquando quest'ultimo non era ancora conoscibile.

Con la seconda parte della seconda censura l'istante lamenta, quale ulteriore motivo di inattendibilità dell'offerta, che i costi generali sono stati quantificati dall'aggiudicataria in euro 5.000, ovvero in misura inferiore alla metà del minimo previsto dalla deliberazione della giunta regionale n. 455/1996.

L'assunto non è condivisibile.

La società CO.M.P.A.S.S. ha specificato varie voci relative al costo di gestione, al quale fa riferimento la suddetta deliberazione della Regione Liguria laddove qualifica con statuizione generale come congruo un costo di gestione compreso tra il 7% e il 10%.

Orbene, la contestata offerta fa correttamente riferimento, al riguardo, non solo ai costi generali, ma anche ad altre voci riconducibili alla spesa gestionale, che, nell'insieme, appare congrua alla luce dell'indicazione espressa dalla citata deliberazione regionale.

Sempre nell'ambito del secondo motivo di gravame, la ricorrente deduce che la controinteressata ha previsto l'IRAP in misura inferiore di 2 punti percentuali a quella applicata in Liguria.

Il rilievo non può essere accolto.

La più elevata misura invocata dalla ricorrente non tiene conto del regime di favore relativo all'IRAP dovuta dalle cooperative sociali costituenti onlus come la controinteressata.

In ogni caso, la congruità dell'offerta è frutto di un giudizio di carattere globale, dovendo l'offerta stessa essere valutata nel suo complesso, ed un'IRAP superiore alla percentuale dell'1,89% considerata dall'aggiudicataria può trovare assorbimento in una riduzione dell'utile d'impresa e nei generici e residuali costi amministrativi e costi

generali inseriti nell'ambito delle spese di gestione.

Con la prima parte del terzo motivo la ricorrente, nel lamentare la sopravvalutazione dell'offerta di CO.M.P.A.S.S., sostiene che la considerazione degli effettivi costi di personale, delle spese generali e tributarie avrebbe portato quest'ultima società a formulare una richiesta economica superiore a quella della cooperativa Lanza del Vasto; quanto al primo parametro di giudizio sull'offerta tecnica l'istante osserva che, ai fini della valutazione dell'approccio metodologico e organizzativo, la controinteressata ha redatto il progetto in 10 cartelle scritte solo sul fronte di ogni foglio (presentando un elaborato breve e privo di dettagliata descrizione, a differenza di quello della deducente); aggiunge che, relativamente al criterio "sistema di gestione del personale e verifica dell'attività", la proposta della controinteressata, a differenza di quella della deducente, non riporta gli indicatori di efficacia, efficienza e qualità; l'istante evidenzia altresì che, per il criterio "modalità di collegamento col servizio sociale, i servizi territoriali e le risorse del territorio" CO.M.P.A.S.S. ha indicato modalità generiche di gestione, la presenza del coordinatore solo per 3 ore settimanali (mentre Lanza ne ha proposte 30), generiche riunioni periodiche (a fronte di quelle settimanali della ricorrente), ed ha ommesso di far riferimento al ruolo ed ai bisogni della famiglia, ai soggetti del territorio ed alle procedure, metodologie e competenze nei rapporti con gli altri soggetti

Il rilievo è infondato.

Per la parte della doglianza concernente l'offerta economica, vale il giudizio espresso nella trattazione del precedente motivo; per la parte inerente all'offerta tecnica, il Collegio osserva che le censure sollevate attengono alla discrezionalità sottesa al contestato giudizio della stazione appaltante, sindacabile solo in caso di manifesta erroneità ed illogicità.

Orbene, gli elementi evidenziati nel gravame non costituiscono, di per sé, indici di illogicità, tali da sovvertire il risultato di una valutazione complessivamente ispirata a canoni di ragionevolezza.

Il Collegio osserva, in particolare, che l'offerta tecnica dell'aggiudicataria puntualizza e descrive vari indicatori, e che le modalità di raccordo col servizio sociale non sono genericamente descritte ma diffusamente articolate nell'offerta stessa sotto molteplici profili (documento n. 13 depositato in giudizio dal Comune), talchè la valutazione non può limitarsi ai singoli specifici aspetti evidenziati dalla ricorrente.

Parimenti infondata è la restante parte del terzo motivo di gravame, incentrata su asseriti vizi della valutazione relativa al terzo parametro ("aspetti migliorativi del servizio") ed alla voce concernente la qualità tecnico professionale.

Invero, le argomentazioni dedotte non lasciano trasparire, al di là di un giudizio di merito dell'interessata sovrapposto a quello espresso dalla commissione di gara, elementi sintomatici di illegittimità dell'azione amministrativa.

In altri termini, il terzo motivo di ricorso prospetta una valutazione su singoli aspetti delle offerte diversa rispetto a quella seguita dalla commissione di gara, traducendosi in un inammissibile sindacato sul merito delle opzioni, riservate all'amministrazione quali espressione di discrezionalità tecnica (TAR Liguria, II, 11.4.2012, n. 526).

Con la quarta censura l'esponente contesta la decisione di dar corso all'esecuzione in via d'urgenza del servizio de quo, deducendo la mancanza dei presupposti di legge ed il difetto di idonea motivazione.

La doglianza è infondata.

L'impugnata determinazione del 1° febbraio 2012 puntualizza le ragioni che presiedono all'immediata esecuzione, costituite dall'interesse pubblico a non interrompere il servizio di assistenza domiciliare, essendo il medesimo rivolto a fasce di utenza socialmente deboli e disagiate.

Trattasi di motivazione esauriente e logica, che giustifica l'esecuzione d'urgenza ai sensi dell'art. 11, comma 9, ultimo periodo, del d.lgs. n. 163/2006.

In conclusione, il ricorso va respinto.

Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, inclusi gli onorari difensivi, stante la peculiarità della vicenda in esame.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge in tutte le domande proposte. Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Oreste Mario Caputo, Presidente FF

Davide Ponte, Consigliere

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/10/2012

IL SEGRETARIO

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