



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ai sensi degli artt. 38 e 60 c.p.a.

sul ricorso numero di registro generale 8104 del 2013, proposto da:

Cooperativa Sociale Quadrifoglio Sc - Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Gualtiero Pittalis e dall'Avv. Maria Giulia Roversi Monaco, con domicilio eletto presso l'Avv. Gian Marco Grez in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

Azienda Sanitaria Locale N. 4 - Teramo, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Gabriella Zuccarini, con domicilio eletto presso l'Avv. Sergio Blasi in Roma, via delle Milizie, n. 38;

nei confronti di

KCS Caregiver Cooperativa Sociale, in proprio e quale mandataria del r.t.i., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Enrico Di Ienno, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Enrico Di Ienno in Roma, viale Mazzini, n. 33;

Rti-Consorzio Elio Cooperativa Sociale, Rti-Filadelfia Cooperativa Sociale Onlus, rappresentati e difesi dagli avv. Pietro Referza e dall'Avv. Vincenzo De Nardis, con domicilio eletto presso l'Avv. Antonio Ruggero Bianchi in Roma, via Leonardo Greppi, n. 77;

Rti-Solidarietà e Vita Soc. Coop. Sociale a r. l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO – L'AQUILA: SEZIONE I n. 00925/2013, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei servizi assistenziali della struttura residenziale per anziani;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale N.4 - Teramo e di KCS Caregiver Cooperativa Sociale, in proprio e quale mandataria del r.t.i, e di Rti-Consorzio Elio Cooperativa Sociale e di Rti – Filadelfia Cooperativa Sociale Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2013 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l'Avv. Pittalis, l'Avv. Zuccarini, l'Avv. Di Ienno, l'Avv. Referza e l'Avv. De Nardis;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Sanitaria Locale n. 4 – Teramo ha indetto, con deliberazione n. 301 del 16.4.2012, una gara di appalto a procedura ristretta per l'affidamento dei servizi assistenziali della r.s.a. di Giulianova per soggetti non autosufficienti affetti da demenza senile nonché per l'effettuazione di lavori edili e di miglioramento della r.s.a. stessa e per la fornitura di arredi.
2. Il valore dell'appalto veniva stimato in € 7.970.000,00 e la sua durata veniva stabilita in quattro anni, mentre il criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel quale il parametro "qualità" aveva un peso pari a 60, mentre il parametro "prezzo" aveva un peso pari a 40.
3. La Cooperativa Sociale Quadrifoglio, odierna appellante, presentava la propria offerta nei termini indicati dal disciplinare di gara.
4. Alla gara prendevano parte anche il r.t.i. KCS Caregiver – Consorzio Elio e la Società Cooperativa Sociale Seriana 2000.
5. Tutte le partecipanti alla gara sono cooperative sociali che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. a), della l. 381/1991, recante la disciplina delle cooperative sociali, hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi.
6. Esse, dunque, non operano di norma nel settore della realizzazione dei lavori pubblici e, sempre di norma, non hanno strutture e competenze specifiche in tale settore né svolgono direttamente attività di natura edilizia.
7. Ai sensi dell'art. 8 del disciplinare di gara, il 22.11.2012 si riuniva il seggio di gara, che procedeva alla verifica dell'integrità dei plichi pervenuti; alla loro apertura; alla verifica della presenza, nei medesimi, delle buste contenenti la documentazione amministrativa (busta n. 1), l'offerta tecnica (busta n. 2) e l'offerta economica (busta n. 3), siccome previsto dall'art. 5 del disciplinare stesso; all'apertura della busta n. 1 e alla verifica della regolarità e completezza delle dichiarazioni e della documentazione in essa contenuta.
8. La commissione giudicatrice, nominata il 26.11.2012, si riuniva il 10.12.2012 per la valutazione tecnica delle offerte e, dopo aver attribuito i relativi punteggi, formulava la graduatoria provvisoria, attribuendo il punteggio più elevato (47/60) all'offerta del r.t.i. aggiudicatario e chiudendo la seconda fase della procedura di gara.
9. Successivamente, tuttavia, veniva fissata un'ulteriore riunione della commissione, che si teneva il 18.12.2012, al fine di valutare, a seguito di una rivisitazione del carteggio inerente alla gara in oggetto, ulteriori elementi.
10. Infine, in data 27.12.2012, si riuniva il seggio di gara per l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, l'attribuzione del punteggio relativo al parametro prezzo e la sommatoria dei due prezzi parametro e qualità.
11. In esito a tale operazioni KCS Caregiver – Consorzio Elio conseguiva, con il punteggio di 82,86/100, l'aggiudicazione provvisoria derivante dalla sommatoria dei due parametri "qualità" e "prezzo", mentre l'odierna appellante, con il punteggio di 74/1000, risultava seconda classificata.
12. Con deliberazione del Direttore Generale n. 108 dell'1.2.2013, unitamente alla lettera di comunicazione del 5.2.2013, l'Azienda stabiliva di recepire i verbali del seggio e della commissione, di approvare l'aggiudicazione provvisoria e di aggiudicare in via definitiva il contratto in favore di KCS Caregiver – Consorzio Elio.
13. La Cooperativa Quadrifoglio proponeva ricorso al T.A.R. Abruzzo, sede de L'Aquila, per ottenere l'annullamento, previa sospensione, della deliberazione del Direttore Generale n. 108 del 1.2.2013, di

aggiudicazione del contratto in oggetto.

14. La ricorrente, in particolare, deduceva tre vizi:

a) il mancato possesso, da parte del r.t.i. aggiudicatario e della mandataria KCS, in violazione della *lex specialis* e delle norme vigenti, dei requisiti per l'esecuzione dei lavori edili facenti parte dell'oggetto del contratto, senza che fosse stato dichiarato il ricorso al subappalto e senza che fosse stata ottenuta un'autorizzazione in tal senso, con conseguente doverosa esclusione dell'offerta;

b) talune anomalie procedurali nel corso della gara;

c) la presenza, tra i soggetti indicati nell'offerta del r.t.i. KCS, per lo svolgimento dell'attività di formazione relativa al contratto, di un dipendente della stazione appaltante, con la figlia di questi, inoltre, indicata come rappresentante dei lavoratori sicurezza (RLS) da una delle mandanti del r.t.i. aggiudicatario, con conseguente, di nuovo, doverosa esclusione dell'offerta per violazione dei principi di imparzialità, terzietà e trasparenza (art. 97 Cost.; art. 1. l. 241/1990, art. 2 d. lgs. 163/2006).

15. Si costituivano nel giudizio di prime cure l'Amministrazione intimata e le controinteressate, resistendo all'avversario ricorso.

16. Con ordinanza n. 88 del 2013 il T.A.R. Abruzzo respingeva l'istanza cautelare di sospensione, ma tale ordinanza veniva riformata da questo Consiglio, in sede di appello, con successiva ordinanza n. 2051 del 2013.

17. Infine, con sentenza n. 925 del 7.11.2013, il T.A.R. Abruzzo respingeva il ricorso, ritenendo infondati tutti i motivi dedotti dalla Cooperativa Quadrifoglio.

18. Avverso tale sentenza ha proposto appello la Cooperativa Quadrifoglio, deducendone l'erroneità e riproponendo i motivi di ricorso già disattesi dal primo giudice, e ha chiesto, previa sospensione, la riforma della stessa.

19. Si sono costituite l'Azienda appellata e le partecipanti al r.t.i. aggiudicatario, controinteressate, chiedendo la reiezione dell'avversaria impugnazione.

20. Nella camera di consiglio del 28.11.2013, fissata per l'esame dell'istanza incidentale di sospensione, il Collegio, ritenuto di poter decidere la controversia con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., e sentite le parti, che nulla osservavano, dopo aver udito la discussione dei difensori, ha trattenuto la causa in decisione.

21. L'appello è infondato e va respinto.

22. Con il primo motivo di gravame la Cooperativa Quadrifoglio ha lamentato l'*error in iudicando*, compiuto dal primo giudice, nel ritenere infondata la doglianza relativa alla presenza di un soggetto dipendente della stazione appaltante e di sua figlia tra le figure professionali indicate nell'offerta del r.t.i. aggiudicatario, in affermata violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 1 della l. 241/1990 e dell'art. 2 del d. lgs. 163/2006.

23. Il T.A.R. Abruzzo, deduce l'appellante, avrebbe frettolosamente liquidato, senza alcuna motivazione, definendola "*pretestuosa e comunque sicuramente infondata*" in quanto circostanza "*del tutto irrilevante*", la censura della ricorrente in prime cure circa la violazione dell'art. 97 Cost., e dei principi di imparzialità e di terzietà dell'azione amministrativa (art. 1 della l. 241/1990 e dell'art. 2 del d. lgs. 163/2006) con riferimento alle figure professionali indicate dal r.t.i. KCS nella propria offerta tecnica per prestazioni relative al contratto.

24. La Cooperativa Quadrifoglio aveva dedotto l'illegittimità di tale offerta e la necessità di escluderla dalla procedura con riferimento al fatto che, come può leggersi a p. 66 dell'offerta tecnica del r.t.i. KCS, fosse stato indicato, fra i docenti preposti allo svolgimento della attività di formazione oggetto dell'offerta, il nominativo di un soggetto, l'IP _____, che è dipendente della stazione appaltante e, segnatamente, caposala presso l'U.O.C. di Psichiatria di Atri, come è stato precisato sia nella stessa offerta tecnica della contro interessata sia

nell'organigramma del Dipartimento Salute Mentale dell'A.S.L.

25. Tale U.O.C. di Psichiatria di Atri, infatti, dipende appunto dal Dipartimento Salute Mentale dell'Azienda Sanitaria Locale n. 4 di Teramo, il cui Direttore, dott. Saverio Francesco Moschetta, ha per di più fatto parte della Commissione giudicatrice.

26. Il sig. _____, deduce ancora l'appellante, è stato anche nominato componente del Comitato del medesimo Dipartimento di Salute Mentale, con delibere dell'A.S.L. n. 701 del 4.7.2011 e n. 272 del 5.4.2012, Comitato previsto dal "*Regolamento per il funzionamento dei Dipartimenti*", all'art. 4, e che ai sensi del successivo art. 5 propone i nominativi per la nomina a Direttore del Dipartimento.

27. Tali circostanze, ad avviso della Cooperativa Quadrifoglio, renderebbero del tutto incompatibili con i principi di imparzialità e di buon andamento la presenza del sig. _____ tra le figure professionali che sono state indicate nell'offerta della controinteressata.

28. Inoltre, ha dedotto l'appellante, non risulta essere stata smentita nemmeno la circostanza che la figlia del sig. _____, _____, è stata a sua volta inserita come rappresentante dei lavoratori sicurezza (RSL) nel Modello D.U.V.R.I. presentato dalla Cooperativa Solidarietà e Vita, anch'essa partecipante, in veste di mandante, al r.t.i. aggiudicatario-offerente.

29. Il complesso di tali circostanze configurerebbe, in sostanza, la violazione dei principi generali di imparzialità, trasparenza e terzietà e confermerebbe che l'Azienda avrebbe dovuto procedere all'esclusione del r.t.i. KCS dalla gara, con conseguente aggiudicazione automatica del contratto alla Cooperativa Quadrifoglio, che si è classificata seconda.

30. La censura, seppur con le precisazioni che seguono, deve essere respinta.

30.1. La circostanza, certo anomala, che un dipendente della stazione appaltante presti la propria opera in una delle imprese che concorrono alla gara non implica, *ex se*, che sia stato leso il principio di imparzialità, poiché non è da sola dimostrativa del fatto che la stazione appaltante sia venuta meno al suo dovere di valutare senza favoritismi, nel pieno rispetto delle regole concorrenziali, le offerte delle partecipanti.

30.2. L'appellante è ben lungi dall'aver provato come tale circostanza abbia potuto influenzare la valutazione della Commissione giudicatrice o del seggio di gara, essendosi limitata a prospettare suggestive ipotesi che, tuttavia, non sono idonee ad infirmare né la posizione soggettiva dei singoli commissari né il contenuto valutativo del giudizio espresso.

30.3. I principi di imparzialità e di buon andamento non sono astratti assiomi, come pare postulare l'appellante richiamando a torto la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 13 del 7.5.2013, che ha invece e diversamente sottolineato, per ben altre ragioni, come le regole sulla composizione della Commissione sino "*tese ad evitare il pericolo concreto di violazione della imparzialità della commissione e quindi poste a tutela della correttezza del procedimento, della trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa*", ma criteri che incidono sostanzialmente sull'operato della pubblica amministrazione, la cui obiettività ed equidistanza non può certo essere messa in discussione dalla scelta di un singolo dipendente, certamente opinabile, di prestare la propria attività in una delle imprese concorrenti.

30.4. Tale scelta non può assumere un'efficacia viziante, se non venga offerta la prova che essa ha appunto influito sull'operato della pubblica amministrazione e, in particolare, sul giudizio comparativo della stazione appaltante, facendo sì che venisse meno la sua imparzialità.

30.5. A sostanziare di concreta efficacia viziante tale censura, infatti, non basta certo il rilievo che il dipendente di cui si tratta sia inserito nella struttura organizzativa diretta da uno dei componenti della Commissione giudicatrice – il Direttore del Dipartimento di Salute Mentale dell'A.S.L. – sulla cui nomina a Direttore di Dipartimento, inoltre,

il dipendente stesso avrebbe potere di proposta, trattandosi di legame talmente remoto ed evanescente da far apparire del tutto labile e priva di apprezzabile significato la circostanza di una qualsivoglia ventilata – e nemmeno chiaramente affermata – influenza di tale fatto sull'imparziale giudizio della Commissione.

30.6. Non è pertanto erronea, per quanto appaia eccessivamente concisa, la decisione del primo giudice che, nel sottolineare la mancanza di qualsivoglia influenza su tale operato, ha ritenuto la censura del tutto irrilevante.

30.7. E tale considerazione vale, a maggior ragione, anche per la figlia del dipendente stesso, inserita come rappresentante dei lavoratori sicurezza (RLS) nel modello D.U.V.R.I., presentato dalla Cooperativa Solidarietà e Vita.

31. Con il secondo motivo di appello la Cooperativa Quadrifoglio deduce l'*error in iudicando* nel quale sarebbe incorso il primo giudice per aver respinto il motivo di censura relativo alla mancanza dei requisiti del r.t.i. aggiudicatario relativamente ai lavori edili e al mancato ricorso al subappalto, con violazione della *lex specialis* e degli artt. 14, 15, 40 e 118 del d. lgs. 163/2006.

32. Il giudice di prime cure ha ritenuto, infatti, che l'oggetto dell'appalto in questione, sostanzialmente unico, va individuato nello svolgimento del servizio, mentre i lavori edilizi e le forniture assumono chiara connotazione accessoria e di scarso rilievo, tanto che, per queste ultime prestazioni, il bando di gara non ha richiesto il possesso di particolari requisiti di professionalità e di capacità tecnica.

32.1. Si verserebbe quindi, in tale ipotesi, nell'ipotesi del contratto misto di cui all'art. 14 del d. lgs. 163/2006, ove la prestazione del servizio assistenziale costituisce l'oggetto sostanziale e principale dell'appalto.

32.2. Ne deriverebbe, quindi, che nel contratto misto dovrebbe essere seguito il criterio sostanziale, proprio del diritto comunitario, secondo cui al contratto stesso dev'essere applicata la disciplina relativa alla prestazione prevalente.

32.3. Richiamando un precedente di questo Consiglio (Cons. St., sez. V, 30.5.2007, n. 2765), invero riferentesi a vicenda regolata dalla disciplina anteriore all'entrata in vigore del d. lgs. 163/2006, il giudice di prime cure ha escluso che, nel caso di specie, debba applicarsi l'art. 15 del d. lgs. 163/2006, sulla scorta del principio che, nei contratti misti, caratterizzati da una decisa e inequivoca prevalenza di una prestazione, la qualificazione, per le prestazioni accessorie, non può configurarsi come elemento indefettibile.

32.4. Secondo il T.A.R. il bando, logicamente e coerentemente, si sarebbe posto in linea con tale principio, non richiedendo la qualificazione SOA relativa alla prestazione dei lavori, bando che, peraltro, non è stato nemmeno impugnato dalla ricorrente.

Infine il giudice di primo grado ha ritenuto inconferente il richiamo al principio di eterointegrazione, dovendosi escludere che tale meccanismo, previsto dagli artt. 1339 e 1419 c.c., possa applicarsi alle previsioni del bando di gara.

32.5. E del resto, ha soggiunto il T.A.R. Abruzzo, se pure per astratta ipotesi si fosse accolto il principio della eterointegrazione e, quindi, si fosse ritenuta necessaria la dichiarazione di subappalto, anche la società ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto la Cooperativa Quadrifoglio non aveva indicato, come avrebbe dovuto ai sensi dell'art. 118, comma 2, del d. lgs. 163/2006, l'impresa alla quale intendeva subappaltare i lavori edili.

33. Tali ragioni, espresso dal primo giudice, sono oggetto di ferma contestazione da parte dell'appellante, la quale ne ha censurato l'erroneità e la contrarietà sia alle previsioni della *lex specialis* che alle disposizioni del medesimo d. lgs. 163/2006.

33.1. Quanto alla prima, infatti, la Cooperativa Quadrifoglio osserva che il Capitolato speciale, all'art. 1, ha individuato l'oggetto dell'appalto sia nella prestazione di servizi assistenziali in ambito sanitario, assistenziale ed

alberghiero, verso soggetti non autosufficienti affetti da demenza senile, sia l'effettuazione di lavori pubblici (lavori edili di miglioramento) sia, infine, l'esecuzione di forniture (arredi).

33.2. Il contratto in questione, pertanto, sarebbe un contratto misto che rientra, sì, nella previsione dell'art. 14, comma 1, del d. lgs. 163/2006, nella categoria degli appalti pubblici di servizi, essendovi prevalenza, sia qualitativa che quantitativa, delle prestazioni di servizi, ma che tuttavia, per quanto qui rileva, comporta comunque anche la realizzazione di lavori pubblici (i lavori edili di miglioramento) per l'ammontare di € 350.000,00.

33.4. Assume l'appellante che il sistema normativo vigente, così come la *lex specialis* di gara, richiede inderogabilmente, in situazioni di questo genere e, cioè, per l'esecuzione di lavori pubblici, che: a) l'impresa dimostri di essere in grado di eseguire direttamente i lavori, essendo in possesso delle qualificazioni SOA richieste a tutti i soggetti che eseguono opere pubbliche dall'art. 40 del d. lgs. 163/2006 e dall'art. 92 del d.P.R. 207/2010 nonché regolate dagli artt. 61 e ss. del d.P.R. 207/2010; b) ovvero – in caso di impresa non qualificata come edile – che si dia luogo a raggruppamento temporaneo di imprese (r.t.i.) con imprese edili qualificate; c) ovvero ancora che l'impresa dichiari di ricorrere al subappalto o all'avvalimento, nel rispetto delle prescrizioni del Codice degli appalti in materia (artt. 49 e 118 del d. lgs. 163/2006).

33.5. L'art. 7, comma 1, lett. h), del Disciplinare di gara, osserva l'appellante, prevede che *“le offerte redatte in modo difforme da quanto previsto negli atti di gara (lettera invito, disciplinare di gara, capitolato speciale di appalto, eventuali note di chiarimento/precisazione)”*, configurando come legge di gara anche le note di chiarimento rese eventualmente nell'ambito della procedura di gara.

33.6. Ora, sostiene l'appellante, il chiarimento n. 1 del 17.5.2012, da considerarsi parte integrante della *lex specialis*, si riferisce appunto al subappalto e chiarisce che *“resta inteso che in caso di intenzione di ricorso al subappalto la ditta invitata dovrà, ai sensi dell'art. 118 comma 1 sub 1 del D. lgs. 163/2006, indicare all'atto dell'offerta “i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo”*.

33.7. A ciò si aggiunga che l'art. 25, comma 2, del Capitolato, espressamente dedicato al subappalto, richiama al comma 1 *“ogni altra disposizione relativa alla materia in oggetto”*, vale a dire il sistema normativo di riferimento costituito dalle norme, in precedenza ricordate, che impongono il subappalto (o l'avvalimento) in caso di mancato possesso dei requisiti di qualificazione.

33.8. Il ricorso al subappalto, contrariamente a quanto affermato dal T.A.R., era dunque necessario per il r.t.i. aggiudicatario, che non possiede i requisiti di qualificazione per l'esecuzione dei lavori pubblici.

33.9. Rileva ancora l'appellante che l'art. 14 del Capitolato espressamente comminava l'esclusione sia per le offerte irregolari sia per le offerte non riguardanti tutti gli adempimenti, oggetto dell'appalto.

33.10. La Commissione di gara, nel proprio verbale del 10.12.2012, aveva dichiarato che l'esame delle offerte tecniche era stato effettuato sulla base dell'art. 12 del Capitolato, il quale stabilisce appunto che dal progetto si devono evincere le metodologie tecnico-operative e professionali e le modalità di esecuzione attraverso le quali l'impresa offre tutte le tipologie di attività richieste, fra le quali, ai sensi dell'art. 3, punto 2, vi sono anche i lavori edili di miglioramento.

33.11. E le modalità di esecuzione dei lavori pubblici, per il soggetto non specificamente qualificato, non avrebbe potuto essere che il ricorso al subappalto, per il quale la *lex specialis* richiedeva, a pena di esclusione, specifica dichiarazione che l'aggiudicatario non avrebbe mai presentato.

33.12. Sarebbe di tutta evidenza, secondo l'appellante, che al fine di valutare propriamente le caratteristiche di un'offerta tecnica, relativa alla realizzazione di lavori edili pubblici per un ammontare di € 350.000,00, la verifica delle modalità di esecuzione dei relativi lavori assumeva valore imprescindibile e assorbente.

33.13. Già nella riunione del 10.12.2012, pertanto, il r.t.i. controinteressato avrebbe dovuto essere escluso per violazione della *lex specialis*, mentre si è disposta una successiva seduta, quella del 18.12.2012, che sarebbe stata contraddistinta da ulteriori irregolarità e anomalie, come dedotto dall'appellante con il terzo motivo, che sarà di seguito esaminato.

34. Sul piano normativo, deduce ancora la Cooperativa Quadrifoglio, il Codice dei contratti contiene disposizioni specifiche e cogenti in materia di qualificazione dei soggetti esecutori, a qualsiasi titolo, di lavori pubblici, tra le quali spiccano l'art. 40, commi 1 e 2, del d. lgs. 163/2006, l'art. 60 del d.P.R. 207/2010 e, infine, l'art. 15 del d. lgs. 163/2006, il quale prevede, espressamente e indistintamente per ogni tipologia di contratto misto, che l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto.

35. Infine, aggiunge l'appellante, il giudice di prime cure ha erroneamente escluso che il principio dell'eterointegrazione non si applichi al bando di gara, in quanto la giurisprudenza maggioritaria è invece in tal senso, ritenendo che la normativa di gara debba essere sempre integrata dalla norme di legge imperative, come sono quelle appena richiamate, direttamente applicabili, anche se non espressamente richiamate, senza dire che, comunque, il bando avrebbe comunque richiesto la qualificazione della concorrente anche per quanto concerne l'esecuzione dei lavori edili.

36. Il motivo, seppur con le precisazioni che seguono, deve essere respinto.

36.1. Si può convenire anzitutto con l'appellante quando lamenta l'*error in iudicando* compiuto dal primo giudice nell'escludere l'applicazione dell'art. 15 del d. lgs. 163/2006 all'appalto misto di cui è causa.

36.2. L'art. 15 del d. lgs. 163/2006 è ben chiaro nello stabilire che *“l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto”*.

36.3. Si tratta di prescrizione chiara, di portata generale e di significato precettivo inequivocabile, cogente, che dunque è espressamente applicabile anche al contratto misto di cui è causa, indipendentemente dall'individuazione e dalla qualificazione della prestazione accessoria.

36.4. Il precedente di questo Consiglio (Cons. St., sez. V, 30.5.2007, n. 2765), invocato dal T.A.R. per escludere l'applicazione dell'art. 15 c.p.a., si riferisce ad una ipotesi regolata dal d. lgs. 157/1995 e, quindi, ad un caso che ricadeva sotto la disciplina anteriore all'introduzione dell'attuale Codice degli appalti pubblici (d. lgs. 163/2006).

36.5. Questo stesso Consiglio ha sottolineato, in tempi più recenti e nel vigore della nuova disciplina, la *“ineludibile necessità [...] di fare i conti con la previsione dell'art. 15 del Codice degli appalti pubblici”* (Cons. St., sez. V, 28.2.2012, n. 1153).

37. Ciò premesso in punto di diritto, dopo aver rilevato l'erroneità della sentenza nell'aver negato l'applicazione dell'art. 15 del d. lgs. 163/2006 al caso di specie, il Collegio deve pur sottolineare, per altro verso, che il bando di gara, letto anche alla luce dei successivi chiarimenti resi dalla stazione appaltante, non ha inteso escludere l'applicazione dell'art. 15 del d. lgs. 163/2006 all'appalto in questione.

37.1. È vero, infatti, che il bando non ha richiesto espressamente l'attestazione SOA anche per i lavori edili, oggetto di appalto, ma il silenzio del bando al riguardo non può intendersi come volontà, da parte della stazione appaltante, di escludere l'applicazione dell'art. 15 del d. lgs. 163/2006 e di ammettere alla gara, quindi, imprese che non posseggano i requisiti di qualificazione richiesti anche per l'esecuzione dei lavori edili.

37.2. Le regole del bando, occorre ricordarlo, devono essere interpretate, alla stregua dei generali criteri ermeneutici previsti in materia negoziali e applicabili, nei limiti della compatibilità, anche ai provvedimenti amministrativi, in

modo tale da dare ad esse, ove possibile, un significato conforme a legge anziché un senso con questa contrastante, *magis ut valeat quam ut pereat* (art. 1367 c.c.), essendo tale canone interpretativo espressione del più generale principio di conservazione degli atti giuridici anche in relazione ai bandi e alle procedure concorsuali (cfr., sul punto, Cons. St., sez. VI, 12.6.2008, n. 2909; Cons. St., sez. III, 2.9.2013, n. 4364).

37.3. È la stessa appellante a ricordare, correttamente, che proprio la natura stessa della gara, bandita per l'affidamento del servizio principale di assistenza per anziani gravemente disabili, fa sì che essa sia rivolta e aperta solo a cooperative sociali che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. a), della l. 381/1991, recante la disciplina delle cooperative sociali, hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi, ma che non si occupano ordinariamente di lavori edili né in tale settore sono specializzate.

37.4. La stazione appaltante ha del resto ammesso, sia nel bando di gara che in sede di chiarimenti, il ricorso da parte delle concorrenti tanto alla associazione temporanea di impresa con un'impresa edile quanto al subappalto dei lavori edili, con ciò dimostrando che essa non voleva né poteva ammettere concorrenti che non avessero i requisiti di partecipazione anche per tale prestazione accessoria, oggetto di appalto, in violazione dell'art. 15 del d. lgs. 163/2006.

37.5. L'A.S.L. n. 4 Teramo ha dunque riconosciuto che le partecipanti dovessero ricorrere all'associazione temporanea di impresa o al subappalto, per i lavori edili, ma ha escluso che fossero obbligate a farlo immediatamente, lasciando loro la possibilità di farlo anche successivamente.

37.6. Ciò che la stazione appaltante ha infatti previsto, come si evince da una complessiva lettura del chiarimento n. 1 del 17.5.2012, è che la cooperativa sociale partecipante potesse affidare "successivamente" i lavori ad un'impresa edile, precisando, però, che nell'ipotesi in cui la partecipante avesse inteso procedere al subappalto, già in sede di offerta, avrebbe dovuto precisare "*i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo*", ai sensi dell'art. 118, comma 1, del d. lgs. 163/2006.

37.7. E tanto ha fatto il r.t.i. aggiudicatario nella propria offerta tecnica, conformandosi a quanto stabilito dalla stazione appaltante nel predetto chiarimento ed essendosi solo limitata a prevedere e a preannunciare che "*l'R.T.I. affiderà ad una ditta esterna specializzata i lavori di manutenzione*", oltre a riportare, a p. 80 dell'offerta tecnica, il piano di manutenzione previsto per la struttura.

37.8. Il r.t.i. si è dunque attenuto rigorosamente alle previsioni della *lex specialis*, nel senso precisato dalla stessa stazione appaltante.

37.9. Non risulta, invero, che il bando, siccome integrato dal chiarimento in questione, sia stato impugnato, in una con l'aggiudicazione, da parte dell'odierna appellante, laddove esso ha stabilito che la dichiarazione di far ricorso al subappalto, comunque contenuta nell'offerta tecnica del r.t.i. aggiudicatario, potesse effettuarsi anche successivamente, nonostante tale precisazione ("*successivamente*") potesse porsi in contrasto con l'art. 118, comma 2, n. 1), del d. lgs. 163/2006, il quale prevede che i concorrenti debbano "*all'atto dell'offerta*" e non successivamente indicare i lavori da subappaltare.

38. Né giova all'appellante invocare, nel caso di specie, il principio della eterointegrazione.

38.1. Questa Sezione ha già chiarito, al riguardo, che il ricorso alla c.d. eterointegrazione, già improprio o, comunque, fortemente opinabile sul piano teorico, non può costituire un modo, sul piano concreto, per aggirare i termini decadenziali previsti per l'impugnazione degli atti amministrativi a carico dell'interessato (cfr., sul punto, Cons. St., sez. III, 2.9.2013, n. 4364).

38.2. Se l'odierna appellante avesse voluto contestare la previsione del bando – siccome integrata dai chiarimenti che, come previsto dalla *lex specialis* e come dedotto dalla stessa appellante, costituiscono anch'essi parte del

regolamento di gara – laddove ha escluso che le partecipanti dovessero, già in sede di offerta, presentarsi necessariamente e in associazione temporanea di impresa o subito dichiarare di procedere al subappalto, avrebbe dovuto farlo impugnando espressamente il bando *in parte qua*.

38.3. Così non è stato, tuttavia, perché l'odierna appellante, come detto, ha ommesso di impugnare il bando, per pretesa violazione dell'art. 118, comma 2, n. 1), del d. lgs. 163/2006, anche per la ragione, incontestabile, che una simile censura si sarebbe rivolta anzitutto *contra se*, in quanto nemmeno la Cooperativa Quadrifoglio aveva rispettato la previsione dell'art. 118, comma 2, n. 1), del d. lgs. 163/2006, come ha già correttamente osservato il primo giudice, avendo ommesso di indicare, nella dichiarazione di ricorso al subappalto, l'impresa alla quale intendeva affidare i lavori.

38.4. L'invocato ricorso alla eterointegrazione, in sé – come detto – erraneo, porterebbe infatti, inesorabilmente, alla esclusione della stessa appellante, nel caso di specie, poiché più volte questo Consiglio ha chiarito che la previsione dell'art. 118, comma 2, del d. lgs. 163/2006, in tema di dichiarazione di subappalto, deve essere intesa nel senso che essa può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione, in via autonoma, delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per esso una facoltà e non la via necessitata per partecipare alla gara.

38.5. Nella ipotesi in cui, al contrario, il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione, come è nel caso di specie, dove la Cooperativa Quadrifoglio pacificamente non possiede tali requisiti per non essere essa un'impresa edile, la dichiarazione in questione avrebbe dovuto contenere anche l'indicazione del subappaltatore e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione (*v., ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 4.9.2013, n. 4431).

38.6. Il motivo, seppur con le esposte precisazioni, deve essere quindi respinto, restando naturalmente inteso che la stazione appaltante, se verificherà che l'odierna aggiudicataria non darà sufficienti garanzie di affidabilità, siccome previsto dalla legge, anche in relazione ai lavori edili e non ricorrerà per essi, come preannunciato a p. 80 dell'offerta tecnica del r.t.i. aggiudicatario, al subappalto di ditta specializzata nel settore e munita di adeguata attestazione, in ossequio a quanto previsto dall'art. 118, comma 2, n. 2), del d. lgs. 163/2006, provvederà ad annullare in autotutela l'aggiudicazione e a risolvere il contratto.

39. Non resta che esaminare l'ultimo motivo, con il quale l'appellante lamenta una presunta anomalia procedimentale, che denoterebbe ulteriormente l'illegittimità del comportamento tenuto dalla A.S.L., per avere il segretario della Commissione, quando già la seconda fase di valutazione tecnica si era conclusa, nella seduta del 10.12.2012, e la graduatoria provvisoria era stata formulata, convocato la Commissione medesima, in data 18.12.2012, “*al fine di valutare, a seguito di rivisitazione del carteggio inerente alla gara in oggetto, gli elementi ulteriori appalesatisi*”.

39.1. Si legge in tale verbale che il segretario della Commissione, nel provvedere al riordino della documentazione di gara, ha chiesto la verifica di alcuni elementi documentali inerenti ad una parte dell'appalto e, precisamente, quella riguardante l'effettuazione dei lavori edili di miglioramento e la conseguente “*richiesta, eventuale, al subappalto da parte delle ditte partecipanti*”.

39.2. L'appellante lamenta l'assoluta anomalia ed irregolarità di tale riapertura della fase di valutazione da parte della Commissione, che aveva già espresso il proprio giudizio nella seduta del 10.12.2012, non essendovi ulteriori ragioni per procedere ad un riesame delle offerte e della documentazione se non quello, del tutto illegittimo, che la Commissione si sarebbe accorta della mancanza della dichiarazione di ricorso al subappalto, da parte del r.t.i. poi

risultato aggiudicatario, e avrebbe attribuito al certificato camerale da questo prodotto, attestante che la Cooperativa KCS può “*istituire o gestire cantieri, stabilimenti, officine, impianti e magazzini necessari per l’espletamento delle attività sociali*”, un significato del tutto improprio anziché procedere, come avrebbe dovuto, all’esclusione di tale offerta per violazione delle prescrizioni della *lex specialis* e dell’art. 118 d. lgs. 163/2006.

40. Ritiene il Collegio che il motivo, alla luce delle considerazioni sopra espresse, sia del tutto influente, sul piano giuridico, ai fini del decidere, perché l’attività di valutazione, compiuta dalla Commissione nella seduta del 18.12.2012, non ha inciso in modo decisivo, modificandolo, sul giudizio già espresso dalla Commissione stessa nella seduta del 10.12.2012.

40.1. Ciò risulta *per tabulas* da un attento confronto tra i verbali del 10.12.2012 e del 18.12.2012 né l’appellante ha dimostrato che il riesame effettuato in questa seconda seduta dalla Commissione abbia in qualche modo inciso sulla valutazione e sull’assegnazione del punteggio tecnico già effettuati nella prima seduta.

40.2. Il riscontro meramente documentale del contenuto del certificato camerale della KCS, compiuto in quella sede, nulla aggiunge o toglie alla correttezza dell’operato della Commissione e alla legittimità del giudizio complessivamente espresso dalla stazione appaltante sull’offerta tecnica del r.t.i. aggiudicatario in comparazione con le altre offerte, proprio alla luce delle considerazioni giuridiche sopra svolte, e non può ritenersi decisivo, ai fini della gara, come assume invece l’appellante.

40.3. Appare dunque immune da censura il rilievo del primo giudice, secondo cui la riconvocazione della Commissione non ha inficiato la procedura, anche perché la Commissione si è limitata, in sede di riconvocazione, a riesaminare il contenuto del certificato camerale, senza trarre conseguenze, rilevanti quanto all’esito della gara, non discendendo e, comunque, non emergendo da tale riesame alcuna diversa valutazione dell’offerta tecnica, già valutata nella precedente seduta del 10.12.2012.

40.4. Quanto alla valutazione, effettuata dal primo giudice, secondo cui le modalità esecutive dei lavori edilizi, nella specie, non erano rilevanti ai fini dell’attribuzione del punteggio, valutazione, questa, del resto non espressamente impugnata dall’appellante che si è limitato a ribadire, in modo del tutto apodittico, il carattere imprescindibile e assorbente di tali modalità (p. 39 del ricorso in appello), rileva il Collegio che le modalità esecutive di tali lavori, laddove non espressamente precisate, non avrebbero comportato l’esclusione della concorrente, contrariamente a quanto sostiene l’appellante che le ritiene essenziali, ma solo un minor punteggio quanto al sottocriterio, previsto nell’art. 12 del Capitolato speciale, della “*gestione e manutenzione strutture impianti ed aree esterne di rilevanza*” (punti 4 su 46), punteggio che, tuttavia, non avrebbe condotto ad un diverso risultato dalla gara, superando la prova di resistenza.

40.5. Invano l’appellante insiste, quindi, nel riproporre le censure relative alla presunta essenzialità delle modalità esecutive dei lavori edili, che non sarebbero state indicate nell’offerta tecnica del r.t.i. aggiudicatario, o alla presunta violazione dell’art. 118 del d. lgs. 163/2006 da parte del r.t.i. aggiudicatario stesso, censure tutte infondate per i motivi esposti.

41. Anche questo ultimo motivo, quindi, deve essere disatteso.

42. L’appello, in conclusione, deve essere respinto, meritando conferma, seppur per le diverse ragioni esposte, la sentenza di primo grado.

43. Ai sensi dell’art. 26 c.p.a. e dell’art. 92, comma secondo, c.p.c., le spese del presente grado di giudizio, attesi i problematici aspetti interpretativi della presente controversia, possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando, ai sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/12/2013

IL SEGRETARIO

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