



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4274 del 2011, proposto da:
Consorzio Confini Soc. Coop. Sociale, in proprio e quale
Capogruppo Mandataria della Costituenda Ati con la Cooperativa
Sociale Nuova Sair Onlus, rappresentato e difeso dagli avv. ti Luca
Ruggiero, Concetta Borgese e Salvatore Della Corte, con domicilio
eletto presso lo studio dell'avv. Alessandra Balsamo in Roma, Via
Fonteiana, 85;

contro

Nestore Consorzio di Cooperative Sociali, rappresentato e difeso
dall'avv. Renato Labriola, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Giuseppe Auriemma in Roma, Viale Gorizia, 25/C; Ambito
Territoriale n. 5, rappresentato e difeso dagli avv. ti Michele Dulvi
Corcione e Raffaele Marciano, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Giovambattista Ferriolo in Roma, via A. Doria, 48;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, sezione I n. 01976/2011, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio denominato "assistenza domiciliare integrata".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Nestore Consorzio di Cooperative Sociali e dell'Ambito Territoriale n.5;

Visto l'appello incidentale dell'Ambito Territoriale n. 5;

Visto l'appello incidentale subordinato proposto dal Consorzio Nestore;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza cautelare n. 2637/2011;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2011 il Cons. Hadrian Simonetti e uditi per le parti gli Avvocati Della Corte, Labriola e Dulvi Corcione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'ambito territoriale n. 5 Ufficio di Piano ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del "Servizio di Assistenza Domiciliare Integrata", per la durata di mesi dodici rinnovabili per un massimo di 24 mesi, con importo a base d'asta di euro 415.001,10.

Per quanto più rileva in questa sede, l'art. 4.3 lett. D) del capitolato richiedeva che i concorrenti autocertificassero il possesso di

un'esperienza documentata di almeno tre anni nello svolgimento di servizi analoghi a quelli oggetto di gara, nonché di un numero annuo di dipendenti a tempo indeterminato non inferiore a cinque negli ultimi tre anni dalla pubblicazione del bando.

L'ATI capitanata dal Consorzio Confini è risultata aggiudicataria della gara, con un punteggio complessivo di 95,72.

2. Sul ricorso proposto dal secondo classificato con un punteggio di 90,53, il Consorzio Nestore, il Tar Campania con sentenza n. 1976/2011, ritenendo fondati il primo ed il terzo motivo, ha annullato l'aggiudicazione, sul rilievo che il Consorzio Confini, costituito solamente il 31.12.2007 ed iscritto nel registro delle imprese il 7.1.2008, fosse privo del requisito della esperienza pregressa e che, trattandosi di un requisito a carattere soggettivo, a nulla valesse l'avvalimento cui aveva fatto ricorso in sede di gara; e che a maggior ragione non fosse passibile di avvalimento neppure il requisito del numero annuo di dipendenti a tempo indeterminato non inferiore a cinque.

3. Avverso tale sentenza il Consorzio Confini ha proposto il presente appello contestando il supposto carattere soggettivo del requisito della pregressa esperienza e ritenendolo comunque suscettibile di avvalimento, al pari dell'altro requisito del numero dei dipendenti.

Si è costituito Nestore Consorzio di Cooperative sociali, originario ricorrente in primo grado, con memoria notificata mediante la quale ha inoltre riproposto, in via subordinata, gli altri motivi del ricorso introduttivo non esaminati ed assorbiti dal Tar.

Parte appellante ha sua volta replicato a tali censure, muovendo dalla premessa che la procedura di gara, avendo ad oggetto l'affidamento dei "servizi sociali", rientra nell'ambito di cui all'all. II B del Codice dei contratti.

Nella camera di consiglio del 17.6.2011 è stata accolta l'istanza cautelare ai fini della sollecita fissazione del merito, ravvisandosi apprezzabili elementi di fondatezza.

All'udienza pubblica del 4.11.2011 la causa è passata in decisione.

4. Osserva preliminarmente il Collegio, per una migliore comprensione dei fatti di causa, come l'appalto indetto dall'amministrazione rientri incontestabilmente nell'all. II B del Codice dei contratti – ad esso applicandosi quindi, come noto, solamente poche disposizioni puntuali del d.lgs. 163/2006, sebbene tutti i principi generali di cui agli artt. 2 e 27 – e come il capitolato speciale consentisse espressamente l'avvalimento dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo (v. art. 5).

5. Ciò posto, il Giudice di primo grado, sul rilievo incontestato che il Consorzio Confini non avesse singolarmente il requisito della capacità tecnica e professionale richiesta (in specie, il fatturato specifico e l'esperienza pregressa, nonché il numero annuo di dipendenti a tempo indeterminato non inferiore a cinque negli ultimi tre anni), in quanto soggetto giuridico di recente costituzione, ha ritenuto illegittimo l'avvalimento intercorso tra lo stesso Consorzio Confini e la mandante Cooperativa sociale Nuova Sair, sul presupposto che i requisiti dell'esperienza triennale nel settore dei servizi sociali per

disabili e del numero annuo di dipendenti fossero di carattere soggettivo, richiamando come precedente conforme la propria sentenza n. 644/2011.

6. Ebbene, come già rilevato in sede cautelare, il Collegio è dell'avviso, invece, che il ricorso all'avvalimento, avente ad oggetto il fatturato, l'esperienza pregressa ed il numero dei dipendenti a tempo indeterminato, sia stato legittimo, atteso che la disciplina dell'art. 49 del Codice dei contratti, che si applica alla gara in questione in forza dell'espresso rinvio contenuto all'art. 5 del relativo capitolato speciale di appalto, non pone alcuna limitazione, se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, di cui agli artt. 38 e 39, il cui possesso da parte dell'odierno appellante è nella fattispecie in esame incontestato.

6.1.E' sufficiente richiamare, sul tema generale, il precedente ampiamente motivato di questa Sezione di cui alla sentenza n. 2344/2011, precisando come il requisito dell'esperienza pregressa sia, in linea di principio, suscettibile di avvalimento al pari del fatturato, rappresentando entrambi, nell'ambito dei servizi e delle forniture, quello che l'attestazione SOA è per gli appalti di lavori, ovvero il principale elemento di qualificazione dell'impresa.

6.2. Con la duplice precisazione che dal contratto di avvalimento prodotto in atti risultavano indicate, in modo sufficiente sebbene perfettibile, le risorse in concreto messe a disposizione dall'impresa ausiliaria; e che il divieto per l'impresa ausiliare e per quella ausiliata di partecipare alla medesima gara non vale evidentemente nel caso di

specie, nel quale l'avvalimento ha avuto luogo tra imprese componenti la medesima associazione temporanea, che non sono in concorrenza l'una con l'altra, come peraltro già ammesso in giurisprudenza (v. Cons. St., VI, n. 9577/2010; Tar Lazio, I, n. 4820/2008; nonché il parere dell'Autorità di Vigilanza n. 34 dell'11.3.2009).

6.3. Le stesse considerazioni di carattere generale valgono anche per il requisito concernente il numero annuo dei dipendenti a tempo indeterminato, richiesti in misura non inferiore a cinque, con l'avvertenza che, nel caso di specie, il timore paventato dal Giudice di primo grado, di una “fittizia duplicazione di dipendenti tra le due società associate”, è escluso dal fatto che l'impresa ausiliaria (nonché mandante) ha dimostrato di possedere un numero pari a ben seicentosei dipendenti, tale da consentirle agevolmente il “prestito” di una parte, assai piccola, se paragonata al tutto.

6.4. Ne consegue la fondatezza del motivo di appello dedotto dal Consorzio Confini, al pari dell'appello incidentale proposto dall'Ambito Territoriale.

7. Deve a questo punto esaminarsi l'appello incidentale subordinato proposto dal Consorzio Nestore, con il quale sono riproposte le censure già avanzate in primo grado e non esaminate dal Tar.

7.1. Con tali censure si lamenta:

1) che l'ATI aggiudicataria non avrebbe compiutamente specificato le parti del servizio eseguite dai singoli componenti e che la mandataria Consorzio Confini non avrebbe indicato la cooperativa esecutrice del

servizio e l'elenco delle consorziate;

2) che non avrebbe reso tutte le dichiarazioni richieste a norma dell'art. 38 co. 1 lett. c) del Codice dei contratti;

3) che la Commissione di gara avrebbe erroneamente attribuito sei punti all'aggiudicataria relativamente al sottocriterio "capacità di attivazione della rete territoriale", avendo tale concorrente stipulato i protocolli di intesa nel solo comune di Sant'Antimo;

4) che l'aggiudicataria non avrebbe allegato all'offerta economica le giustificazioni preventive.

7.2. Reputa il Collegio che, sempre in ragione della natura dell'appalto in questione (All. II B) e della disciplina dettata dalla *Lex specialis*, anche queste censure siano infondate.

Le censure sub 1 e 2) muovono dal presupposto erroneo che trovino integrale e puntuale applicazione gli artt. 37 e 38, norme non richiamate dall'art. 20 del Codice dei contratti e che, quindi, valgono per l'appalto in oggetto nei limiti in cui ad esse faccia espresso rinvio la legge di gara. Ma anche a prescindere da questo, dai documenti prodotti risulta come l'ATI aggiudicataria abbia comunque dichiarato le parti del servizio svolte da ciascun soggetto (l'80% dalla mandataria ed il restante 20% dalla mandante). Mentre, comunque, non si ravviserebbe alcun obbligo di dichiarazione dei requisiti di moralità relativamente al sig. Francesco Odierno, nell'ambito del Consorzio Confini, trattandosi di soggetto privo del potere di rappresentanza.

Quanto alla censura sub 3), è revocabile in dubbio che l'appellante incidentale abbia fornito la prova di resistenza, sul rilievo che l'ATI

aggiudicataria ha comunque prodotto un protocollo d'intesa, meritando quindi, quanto meno (secondo i criteri motivazionali ricordati da controparte nel ricorso di primo grado a p. 21), l'attribuzione di due punti, punteggio sufficiente a farle conservare, in ogni caso, la testa della graduatoria.

Infine, in ordine all'ultima censura, è sufficiente ricordare come l'obbligo di allegare le giustificazioni preventive unitamente all'offerta economica sia stato abrogato da tempo e come, già in precedenza, la giurisprudenza prevalente negava che la sua inosservanza comportasse, per ciò solo, l'esclusione dalla procedura.

7.3. Ne consegue l'infondatezza dell'appello incidentale.

8. In conclusione, essendo fondati invece l'appello principale e quello incidentale dell'Amministrazione aggiudicatrice, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso in primo grado.

9. Le spese di lite possono essere compensate, tra tutte le parti in causa, per la natura eminentemente tecnica delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, così provvede:

accoglie l'appello principale del Consorzio Confini e quello incidentale dell'Ambito Territoriale e, respinto quello incidentale subordinato del Consorzio Nestore, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 novembre
2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/11/2011

IL SEGRETARIO

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