



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 205 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 Nè;

***nei confronti di***

Consorzio Tassano Servizi Territoriali Consorzio di Cooperative Sociali Soc. Cooperativa Sociale a r.l. Onlus, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Andrea Zorzi e Giovanni Attilio De Martin, con domicilio eletto presso la Segreteria T.A.R. del TAR Liguria;

Il Sentiero di Arianna Società Cooperativa Sociale Onlus.

***per l'annullamento***

-della determina dirigenziale del 1° febbraio 2012, con la quale è stata confermata in via definitiva l'aggiudicazione dei servizi socio educativi dei Comuni appartenenti all'ambito territoriale sociale n. 57 per il periodo dal 1° febbraio 2012 al 31 gennaio 2015 e con la quale il Comune ha disposto l'esecuzione in via d'urgenza;

-degli atti connessi, comprendenti:

la determina dirigenziale del 26 gennaio 2012, di approvazione del verbale di gara e di aggiudicazione provvisoria;

il verbale di avvio dell'esecuzione dell'appalto in data 31 gennaio 2012;

i verbali di gara del 19 gennaio 2012;

il verbale di valutazione della congruità delle offerte, del 26 gennaio 2012;

e per l'annullamento o la declaratoria di nullità

del contratto stipulato in via provvisoria e del contratto stipulato in via definitiva con il Consorzio Tassano Servizi Territoriali;

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 del Consorzio Tassano Servizi Territoriali;

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. 1173 del 22.12.2011, ha indetto la gara per l'affidamento della gestione dei servizi socio educativi nei Comuni appartenenti all'ambito territoriale sociale n. 57 (Lavagna, Cogomo 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 in associazione temporanea con il Consorzio Tassano, la cui partecipazione prevedeva l'impegno di un operatore part time su un organico di oltre 10 educatori.

La commissione di gara, nella seduta del 19.1.2012, ha identificato come migliore offerta (con punteggio complessivo pari a 87) quella proveniente dal Consorzio Tassano Servizi Territoriali, il quale ha indicato come esecutrice del servizio la consorziata Il Sentiero di Arianna società cooperativa onlus. L'offerta della ricorrente, ritenuta meritevole del secondo posto in graduatoria, ha invece ottenuto complessivamente 86,88 punti.

Con determinazione del 26.1.2012 il Comune ha disposto l'aggiudicazione provvisoria a favore del Consorzio primo classificato (il quale, per quanto riguarda l'offerta economica, ha indicato come compenso orario euro 18,88, a fronte dell'importo orario di euro 18,96 indicato 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 del Consorzio Tassano.

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. 3 depositato in giudizio dalla ricorrente).

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 18.5.2012, il contratto di appalto è stato stipulato tra il Comune di Lavagna e il Consorzio Tassano (documento n. 18 depositato in giudizio dall'Ente).

Si sono costituiti in giudizio il controinteressato ed il Comune di Lavagna.

Con ordinanza n. 89 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 18.5.2012, 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 del controinteressato, 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, per il Consorzio Tassano, risulta tra i documenti di gara la dichiarazione ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 dell'amministratore delegato Mauro Maestri, mentre manca quella del Presidente, signora Simona Rizzi (l'istante aggiunge che il signor Maestri non poteva sostituirsi nella dichiarazione alla signora Rizzi, e che quest'ultima ha presentato dichiarazioni soltanto quale rappresentante della consorziata Il Sentiero di Arianna, la quale ha 2 amministratori con potere di rappresentanza, costituiti dalla signora Rizzi e dal consigliere delegato Silvia Folle); infine, la deducente osserva che, relativamente alla signora Folle, non è stata presentata alcuna dichiarazione circa l'assenza di cause di esclusione di cui alla prima parte dell'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 (assenza di condanne per le quali il dichiarante abbia beneficiato della non menzione).

Il motivo è infondato.

Il Collegio rileva che l'amministratore delegato del Consorzio Tassano (signor Mauro Maestri) ha indicato, quali amministratori muniti di potere di rappresentanza, se stesso e la signora Simona Rizzi; il medesimo ha inoltre dichiarato che il Consorzio non si trova nelle cause di esclusione previste dall'art. 38, comma 1, lettere a, d, e, f, g, h, i, l, m, m bis, m quater, del d.lgs. n. 163/2006 e che egli e gli amministratori muniti di potere di rappresentanza non si trovano nelle cause di esclusione previste dal comma 1 della suddetta norma, alle lettere b, c, m.

Per quanto concerne la società consorziata, la legale rappresentante (Presidente Simona Rizzi) ha indicato quali amministratori provvisti di potere rappresentativo se stessa ed il consigliere delegato Silvia Folle; la signora Rizzi ha altresì dichiarato che la società consorziata non si trova nelle cause di esclusione previste dall'art. 38, comma 1, lettere a, d, e, f, g, h, i, l, m, m bis, m quater, del d.lgs. n. 163/2006 e che lei e gli amministratori muniti di potere di rappresentanza non si trovano nelle cause di esclusione previste dal comma 1 della suddetta norma, alle lettere b, c, m.

Ciò premesso, il Collegio ritiene che l'obbligo di dichiarare l'assenza delle cause di esclusione ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 possa essere assolto dal legale rappresentante anche in relazione ad altri soggetti muniti di potere rappresentativo (TAR Lazio, Roma, I bis, 5.7.2011, n. 5912). Pertanto, per tutti i soggetti aventi potere di rappresentanza del consorzio e della società consorziata controinteressati sussiste valida dichiarazione di insussistenza degli elementi ostativi previsti dalla suddetta norma.

Occorre comunque considerare che il citato art. 38 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti, con la conseguenza che soltanto il difetto dei requisiti stessi potrebbe comportare l'estromissione dalla gara (TAR Liguria, II, 21.4.2011, n. 660), fatta salva dall'art. 46, comma 1, del codice dei contratti pubblici la potestà della stazione appaltante di chiedere la produzione dei documenti mancanti.

Né depone in senso contrario la clausola di esclusione inserita nel bando, stante il disposto dell'art. 46, commi 1 e 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006.

Con la seconda censura l'istante deduce che l'art. 8 del capitolato stabiliva, a pena di esclusione, che il progetto tecnico non doveva essere composto da più di 10 cartelle dattiloscritte, mentre invece il Consorzio aggiudicatario ha presentato 10 cartelle accompagnate da 40 pagine allegate, con la conseguenza che il medesimo avrebbe dovuto essere escluso o, quanto meno, subire una penalizzazione nell'attribuzione del punteggio.

L'assunto non può essere accolto.

La lex specialis di gara prevede che alle 10 cartelle dattiloscritte possa essere allegata la documentazione utile a una esauriente valutazione del progetto.

Nel caso di specie il progetto è stato redatto nel rispetto del prefissato limite dei 10 fogli, in quanto le numerose pagine ad esso allegate svolgono una funzione accessoria, esplicativa dei contenuti progettuali, rientrando tra la documentazione utile ammessa dal capitolato.

Con la prima parte del terzo motivo l'esponente deduce che l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso in sede di valutazione di congruità dell'offerta, in quanto in sede di giustificazioni quest'ultimo ha precisato che le figure professionali previste dal bando saranno inquadrare come educatore professionale, come educatore senza titolo e come animatore/istruttore di attività manuali ed espressive, mentre invece l'art. 4 del capitolato ed il progetto tecnico del Consorzio (documento n. 13 a) non contemplano il profilo dell'animatore; secondo la ricorrente, quindi, sia nell'ipotesi in cui l'animatore fosse destinato ad aggiungersi agli educatori, sia nell'ipotesi in cui il Consorzio avesse inteso abbassare da educatore ad animatore il livello contrattuale del personale (con conseguente risparmio di spesa di 1 euro l'ora), la Commissione di gara avrebbe dovuto escluderlo dalla selezione.

Il rilievo è infondato.

L'art. 4 del capitolato statuisce che l'aggiudicatario debba assumere gli operatori già impegnati nel servizio, con la conseguenza che vengono confermati gli educatori precedentemente impiegati.

Pertanto, la figura dell'animatore indicata in sede di giustificazione dell'offerta è da ritenersi aggiuntiva rispetto a quella dell'educatore prevista dal capitolato.

La giustificazione del prezzo offerto trova contezza nelle delucidazioni fornite alla Commissione di gara (documento n. 18 depositato in giudizio dalla ricorrente), dalle quali risulta, in particolare, una economia di spesa derivante dall'impiego di coordinatrice già impegnata con la stessa mansione in unità limitrofa.

Con la seconda parte del terzo motivo la ricorrente deduce, quale ulteriore elemento di inaffidabilità dell'offerta della parte controinteressata, il fatto che la stessa ha indicato percentuali di spese generali diverse per ciascuna figura professionale (da un minimo dell'1,20% relativo al coordinatore, ad un massimo del 13,80% relativo all'animatore, con una media del 7,3%).

L'assunto non può essere accolto.

Le ragioni del minor costo di gestione relativo al coordinatore trovano contezza nel fatto che viene impiegata la coordinatrice già inserita in ambito territoriale sociale limitrofo.

Nel complesso, pertanto, trova giustificazione la percentuale di spese generali complessivamente indicata dall'aggiudicatario.

La terza parte del terzo motivo è incentrata sull'omessa indicazione, da parte dell'aggiudicatario, di alcune voci di costo, come ad esempio gli oneri per la sicurezza, obbligatori per legge e non soggetti a ribasso ex art. 86, comma 3 ter, del d.lgs. n. 163/2006.

Il rilievo è infondato.

Il bando di gara non ha prescritto una distinta indicazione degli oneri per la sicurezza; inoltre, il servizio in questione è ricompreso tra quelli elencati nell'allegato II B del d.lgs. n. 163/2006, e quindi, ai sensi dell'art. 20 dello stesso d.lgs., non rientra nell'ambito di applicazione dell'invocato art. 86, comma 3 ter, del codice dei

contratti pubblici.

La stessa ricorrente, peraltro, nella sua offerta non ha scorporato i costi de quibus (documenti n. 14 e 15 depositati in giudizio dal Comune).

Per il resto la doglianza è generica, non avendo la ricorrente specificato quali altre voci di costo siano state omesse dal controinteressato.

Con il quarto motivo l'istante deduce che non sussistevano i presupposti per disporre, con l'impugnata determinazione, l'esecuzione d'urgenza dei servizi socio educativi.

La censura non ha alcun pregio.

Il Comune di Lavagna, con determinazione n. 49 del 1.2.2012, ha sufficientemente motivato la sussistenza dei presupposti dell'esecuzione d'urgenza, valorizzando l'esigenza di dare continuità al servizio de quo, essendo il medesimo destinato ad un'utenza socialmente debole e disagiata.

Ciò appare, peraltro, in linea con l'art. 11, comma 9, ultimo periodo, del d.lgs. n. 163/2006.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, inclusi gli onorari difensivi, stante la particolarità 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.)