



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale =403= del =2012=, proposto dalla CON.SOL.- Consorzio di Solidarietà Soc. Coop. Sociale, Coop.Sociale Cooper Sangro Aventino, Consorzio Città Solidale, rappresentate e difese dall'avv. Maria Pina Benedetti, con domicilio eletto presso Alfredo Di Pietro in Pescara, via Conte di Ruvo, 118;

***contro***

Ambito territoriale sociale n. 21 "SANGRO" - Comunità Montana Sangro Vastese, rappresentate e difese dagli avv. Paolo Valentino Sisti e Fausto Troilo, con domicilio eletto presso Felicetta De Gregorio in Pescara, via L'Aquila, n.9;

***nei confronti di***

FUTURA e FUTURA soc. coop. Sociale e Futura Società Cooperativa Sociale, rappresentate e difese dall'avv. Mario Di Desidero, con domicilio eletto presso Stefania Rimato in Pescara, viale Giovanni Bovio n.134;

Samidad Onlus Società Cooperativa Sociale;

Social Service Società Cooperativa Sociale;

***per l'annullamento***

del verbale n. 1 del 15 giugno 2012 con cui la Commissione Giudicatrice della gara d'appalto del servizio di assistenza domiciliare, indetta dalla Comunità Montana Montagna Sangro Vastese, ha esaminato la documentazione di detta gara; del verbale n. 2 del 27 giugno 2012 con cui la Commissione ha valutato le offerte pervenute; della determinazione n. 103 del 10 luglio 2012 con la quale il Responsabile Servizio Ambito Territoriale Sociale n. 21 Sangro ha approvato le operazioni di gara, ha aggiudicato l'appalto all'impresa Futura e Futura Soc. Coop. Sociale, ha affidato provvisoriamente alla stesso il servizio, ha determinato l'importo dell'aggiudicazione e il relativo impegno di spesa, e approvato lo schema di contratto; di ogni atto connesso, conseguente e successivo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comunità Montana Sangro Vastese e di Futura Società Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2012 il cons. Dino Nazzaro e uditi per le parti i difensori:

l'avv. Maria Pina Benedetti per le parti ricorrenti, gli avv.ti Fausto Troilo e Paolo Valentino Sisti per la Comunità Montana resistente e l'avv. Mario Di Desiderio per la Cooperativa sociale Futura contro-interessata;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Le società ricorrenti, quali costituende la RTI, impugnano l'atto di aggiudicazione dell'appalto del servizio di assistenza domiciliare (n.103/2012), lamentando sia l'esclusione dalla gara, in base alla ritenuta assenza delle dichiarazioni di cui al combinato disposto dei commi 4 e 13 dell'art. 37 D.Lgs. n. 163/2006 (indicazione delle quote di partecipazione), sia l'aggiudicazione alla contro-interessata, che sarebbe dovuto essere eventualmente esclusa per tale medesima ragione.

Sostiene, inoltre, che la capofila Coop. Futura e Futura, non avendo tutti i requisiti soggettivi per la partecipazione alla gara, ha fatto ricorso all'avvalimento della Soc. coop. Sociale Futura, che si ritiene non contemplato per la fattispecie in esame; il relativo contratto, peraltro, sarebbe nullo per la indeterminatezza, non indicandosi quale effettiva attività concreta viene messa a disposizione, sussistendo solo una dichiarazione d'obbligo che farebbe riferimento al requisito soggettivo della pregressa ultratriennale esperienza nel settore specifico.

L'avvalimento sarebbe meramente astratto e svicolato dalla indicazione delle risorse materiali utilizzabili, senza la concreta assunzione di una responsabilità solidale tra le due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare.

La stessa società ausiliaria non avrebbe effettuata la dichiarazione ex art. 38, comma 1°, lett. b), né quella d'obbligo verso la stazione appaltante.

L'esclusione della ricorrente sarebbe, pertanto, illegittima perché la dichiarazione che si ritiene omessa (ripartizione dei servizi) è contenuta nell'offerta economica e corrisponderebbe alla ripartizione delle rispettive partecipazioni RTI.

A ciò si aggiunge che l'oggetto dell'appalto non prevede l'applicabilità del citato art. 37.

La difesa della contro-interessata si limita ad eccepire la inammissibilità del gravame per l'omessa tempestiva impugnazione dell'esclusione, avvenuta il 26.6.2012, e, quindi, l'intera impugnativa sarebbe carente d'interesse.

La Comunità Montana sostiene la piena legittimità del suo operato, sia per quanto attiene l'esclusione della Con.Sol, sia per l'aggiudicazione finale.

Alla pubblica udienza la causa è stata assunta in decisione.

#### DIRITTO

Vanno esaminate le preliminari eccezioni processuali.

L'esclusione dalla gara è formalmente un atto endoprocedimentale che, determinando per la ditta un arresto definitivo dalla partecipazione alla gara, va impugnato nei termini di legge.

Si sostiene che, nel caso in oggetto, il *dies a quo* decorrerebbe dalla stessa esclusione deliberata a verbale, essendo presenti i rappresentanti della Consol, i quali avrebbero avuto una personale conoscenza della esclusione.

Tralasciando la circostanza che non tutti i rappresentanti delle ditte ricorrenti della costituenda RTI sono presenti al momento della deliberata esclusione, va osservato che l'art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006, risolvendo ogni dubbio, stabilisce che le esclusioni vanno comunicate per iscritto, d'ufficio ed in modo formale (racc.a-r., notificazione, posta elettronica certificata, fax autorizzato) entro gg.5=, posto quale termine sollecitatorio.

Tale disposizione consente alle ditte escluse di utilizzare, ai fini della impugnazione, tale comunicazione, ovvero, come nel caso in esame, l'invio di copia del verbale, da parte della stazione appaltante, avvenuto a mezzo fax del 18.7.2012, preceduto dalla nota del 13.7.2012 (prot. n. 1097) della Stazione appaltante; il ricorso, che risulta

depositato per la notificazione in data 30.7.2012, è tempestivo.

Il gravame è, pertanto, ricevibile e va comunque precisato che la ditta è stata esclusa in quanto soggetto partecipante e, per tale qualità ed in presenza di due soli concorrenti, la stessa sarebbe sempre legittimata all'impugnativa dell'aggiudicazione finale, emergendo un interesse concreto alla ripetizione della gara.

Passando all'esame dei motivi dedotti, va prioritariamente chiarita la legittimità o meno dell'esclusione, che è avvenuta in relazione alle dichiarazioni di cui all'art. 37, comma 4 e 13, del Cod. Con., atteso che le "quote parte dei servizi eseguita dai singoli operatori economici riuniti e.. le quote percentuali di effettiva partecipazione al raggruppamento", esplicitate in sede di offerta economica, non sarebbero avvenute per tutti i comuni dell'Ambito, come previsto dall'art. 4 del capitolato di gara, e, quindi, più che mancante sarebbe incompleta.

Il bando di gara per l'affidamento dei servizi sociali associati (all.to II-B del D.Lgs. n. 163/2006, artt.20 e 21) mediante aggiudicazione alla ditta che formula l'offerta economicamente più vantaggiosa (art.83 Cod. Con.), al comma 4°, dopo n.9, dell'art. 3, rinvia alla disciplina dell'art. 37, per l'osservanza delle relative prescrizioni.

L'art. 37, commi 4 e 13, è stato sostanzialmente osservato in sede di formulazione dell'offerta (A.P. n. 22/2012) e, non prevedendo il bando che la dichiarazione dovesse essere contenuta in una specifica busta, la stessa può essere indifferentemente posta nella busta A e/o B.

La norma, invero, stabilisce, per i servizi (comma 4°) che l'offerta deve specificare le "parti" del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti, e, per i lavori (comma 13°), le "prestazioni" vanno eseguite nella percentuale corrispondente alle quote di partecipazione; ciò significa che l'indicazione delle percentuali delle prime contiene anche la indicazione delle seconde e, quindi, la parte del servizio ha il suo riscontro nella stessa percentuale a ciascuna ditta assegnata.

Nel caso specifico, la lettura del modulo di offerta economica allegato alla domanda di partecipazione alla gara, contiene l'impegno delle ditte a costituire una RTI, dichiarando di ripartire le competenze all'interno del raggruppamento temporaneo d'impresa, ai sensi dell'art. 37, nel modo che segue: a) Con.Sol e consorziate (Bomba, Montebello S.S., Montelapiano, Monteferrante, Pietraferrazzana, Montazzoli, Villa S. Maria, Archi, Borrello, Cibitaluparella, Fallo, Gamberale, Pizzoferrato, Quadri, Roio del Sangro, Rosello, Montenerodomo, riservando alla Saima il 50% dei servizi oggetto di gara per il Comune di Atessa), b) Cooper Sangro Aventino (Tomareccio, Perano e 10% di Atessa), Città Solidale (40% servizi Atessa).

Trattasi di una ripartizione per competenza territoriale che è al 100% per la Con.Sol e consorziate, mentre viene frazionata, con le altre associate, per i comuni di Atessa, Tomareccio, Perano, assicurandosi la richiesta copertura territoriale dei servizi, che è comunque totale e precisa.

Le parti di servizio, per ciascun operatore, sono puntualmente indicate nella percentuale della prestazione di servizio stabilita, che costituisce, invero, il parametro cui deve farsi riferimento per ogni aspetto relativo alle cd. quote (qualificazione, partecipazione ed esecuzione), le quali sono obiettivamente ricavabili *ex ante* ed esaminabili da parte dell'Amministrazione, in base a quello che è l'oggetto dell'appalto ed a quanto stabilito dal bando di gara (art. 3, comma 3 dopo punto 9).

In merito va comunque osservato che né il bando, né il capitolato richiedano alcuna specificazione capillare e l'art. 4 del capitolato si limita a fare un'indicazione presuntiva degli utenti e delle ore di servizio, che potranno subire aumenti e/o diminuzione durante la gestione a seguito di nuove esigenze; il riferimento reale è, pertanto, rappresentato dai Comuni nella loro consistenza abitativa e territoriale, dove i servizi andranno resi e per i quali va fatta la ripartizione delle competenze.

Non ha senso, pertanto, parlare di esclusione dovuta al fatto che vi sarebbero "le indicazioni di quote percentuali, solo per alcuni Comuni e per alcune cooperative", essendo palese come l'offerta attiene a tutti i servizi da eseguirsi

nei Comuni dell'Ambito; ed invero, una volta stabilite le quote -percentuali delle associate, per la restante parte rimane la competenza del consorzio Consol e, dalla stessa ripartizione fatta, si ricavano anche le quote di spettanza all'interno dell'ATI, ponendo il comma 13 dell'art. 37, una corrispondenza tra quote di partecipazione ed esecuzione dei servizi (C.S. 793/2012).

Stante le indicate ripartizioni interne alla RTI ed essendo l'operatività delle ditte Saima, Cooper Sangro Aventino, Città Solidale, rigorosamente delimitate per le "parti" specificate in percentuale e per territorio, è consequenziale come il consorzio Consol (capofila) ha riservato a se stesso i servizi di assistenza, domiciliare ed integrata, per tutti gli altri Comuni dell'Ambito Territoriale Sociale n. 21 "Sangro" e ciò prescindendo dalla completezza o meno dell'elenco dei comuni indicati, che neppure la Stazione appaltante fa, limitandosi a parlare di "tutti i Comuni dell'Ambito" (art. 4 capitolato di gara).

Sul piano sostanziale, la dichiarazione è stata resa in modo valido ed è riferita a tutti i Comuni dell'Ambito, così come del resto è stata ritenuta quella della RTI aggiudicataria e contro-interessata, che fa una generalizzata ripartizione frazionata: Futura e Futura Soc. Coop. Sociale 70%, Social service Soc. Coop. Sociale 20%, Samidad Onlus Soc. Coop. Sociale 10%.

Alla illegittimità dell'esclusione consegue quella della stessa aggiudicazione, senza alcuna necessità di dilungarsi sulle altre questioni dedotte circa l'avvalimento, in punto di carenza del requisito soggettivo dell'esperienza triennale, e sul fatto che l'art. 20, comma 1°, del Cod. Con. escluderebbe il tipo d'appalto in argomento (allegato II – B- servizi sociali) dalla sua disciplina e, quindi, l'utilizzabilità dell'avvalimento (artt. 49-50).

Il ricorso è accolto.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo ACCOGLIE e per l'effetto ANNULLA sia l'esclusione interposta, sia l'aggiudicazione finale di cui agli atti impugnati.

CONDANNA l'Amministrazione e la Soc. Coop Futura e Futura, entrambe costituite e resistenti in giudizio, al pagamento, in solido ed in parti uguali, in favore delle Ditte ricorrenti, delle spese di causa, unitariamente liquidate, in base ai parametri indicativi del D.M. Giustizia n. 140/2012 ed all'attività difensiva svolta nelle diverse fasi processuali (cautelare e decisionale), in complessivi €6000,00=, oltre al rimborso del C.U. e degli accessori dovuti per legge.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Michele Eliantonio, Presidente

Dino Nazzaro, Consigliere, Estensore

Massimiliano Ballorani, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/11/2012

IL SEGRETARIO

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