



REPUBBLICA ITALIANA
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 3702 del 2012, proposto da:

Gepsa S.A. in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. con Associazione Culturale Acuarinto e con le cooptate Cofely Italia S.p.a. e Synergasia Coop. Soc. Onlus, tutti rappresentati e difesi dall'avv. Marco Annoni, presso il cui studio hanno eletto il domicilio in Roma, via Udine n. 6;

contro

Consorzio Connecting People Soc. Cons. Onlus, rappresentato e difeso dagli avv. ti Maria Alessandra Sandulli e Pierfrancesco Alessi, con domicilio eletto presso la prima di essi in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349;

nei confronti di

Prefettura - Ufficio Territoriale del Governo di Gorizia, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA, n. 92/2012, resa tra le parti, concernente l'affidamento della gestione del centro di identificazione ed espulsione e del centro di accoglienza per richiedenti asilo

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Connecting People Soc. Cons. Onlus e della Prefettura - Ufficio Territoriale del Governo di Gorizia;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 2334/2012 con la quale è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata;

Visto il dispositivo di sentenza n. 6180/2012;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2012 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli avvocati Annoni, Sandulli e l'avvocato dello Stato Lumetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Prefettura-Ufficio territoriale del Governo di Gorizia con avviso pubblico del 23.12.2010 ha indetto una procedura aperta ai sensi dell'art. 27 d.lgs. 163/2006 per l'affidamento della gestione del centro di identificazione ed espulsione e del centro di accoglienza per richiedenti asilo di Gradisca d'Isonzo (GO), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della durata di tre anni e per una base d'asta di circa 15 milioni di euro. Il servizio, nella sua complessità, ricomprende l'assistenza generica alla persone, l'assistenza sanitaria, la pulizia e l'igiene ambientale, la fornitura di alcuni beni.

Per quanto più rileva in questa sede, l'avviso prevedeva all'art. 11 lett. d) che, nel caso di associazione temporanea di imprese non ancora costituita, fosse presentata una "dichiarazione autenticata in carta legale" recante l'impegno a conferire il mandato collettivo all'impresa capogruppo.

Alla procedura ha partecipato il costituendo raggruppamento formato dalla mandataria Gepsa e dalla mandante Associazione culturale Acuarinto, ciascuna di esse in possesso di tutti i requisiti di gara, cooptando la Cofely Italia s.p.a. e la Synergasia-Cooperativa sociale Onlus.

La Commissione di gara, dopo avere in un primo tempo escluso il raggruppamento Gepsa, lo riammetteva aggiudicando la procedura allo stesso in quanto risultato primo classificato.

2. Proposto ricorso dal Consorzio Connecting People soc. coop. Onlus, il Tar per il Friuli Venezia Giulia lo ha accolto ravvisando due cause di esclusione a carico del RTI guidato da Gepsa:

-la prima, nel non avere presentato l'impegno a conferire mandato collettivo in "dichiarazione autenticata in carta legale", avendo invece prodotto un'autodichiarazione a norma del d.p.r. 445/2000;

-la seconda, nel fatto che le cooptate Cofely e Synergasia non abbiano dimostrato il possesso dei requisiti minimi di capacità tecnica in misura corrispondente alla parte del servizio affidato alla loro esecuzione.

3. Con il presente appello RTI Gepsa, ribadita l'eccezione di tardività del ricorso introduttivo, ha dedotto la violazione dell'art. 11 dell'avviso pubblico, sul presupposto che la prescrizione in esso contenuta circa le modalità formali dell'impegno alla costituzione del raggruppamento non fosse prevista a pena di esclusione e sul rilievo che un'interpretazione di diverso segno sarebbe in contrasto con i principi di proporzionalità e di tassatività delle cause di esclusione, come confermato da ultimo dal nuovo art. 46 co. 1 bis del d.lgs. 163/2006.

Ha dedotto inoltre la violazione dell'art. 95 co. 4 del d.p.r. 554/1999 in ordine al possesso dei requisiti di capacità tecnica in capo alle imprese cooptate. Ha sostenuto la difesa appellante che l'istituto dell'associazione in cooptazione, applicabile in via estensiva agli appalti di servizi, prevederebbe solamente un limite quantitativo di esecuzione delle attività (pari al 20% del totale), senza imporre una divisione qualitativa e l'individuazione di servizi secondari eseguibili dalle cooptate. Anche ammettendo tale ulteriore condizione, nel caso di specie sarebbero corrette la posizione sia della Cofely, cui erano stati attribuiti servizi pari al 15%, che della Synergasia, cui risultava affidata la sola attività di interpretariato e mediazione culturale per una quota pari al 5%.

Si sono costituiti la Prefettura, aderendo alle censure di parte appellante, ed il Consorzio Connecting che ha chiesto la conferma della sentenza. Quest'ultimo ha, in particolare, fondato le proprie difese sulla vigenza, anche nel settore dei servizi, del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento, quote di qualificazione e percentuale di esecuzione dei servizi affidati dalla p.a., e sul presupposto che lo stesso principio varrebbe anche in caso di cooptazione ed imporrebbe alle cooptate di dimostrare il possesso dei requisiti tecnico-economici nei limiti della propria percentuale di partecipazione al servizio.

Nella camera di consiglio del 15.6.2012 è stata respinta la domanda cautelare di sospensione dell'esecuzione della sentenza.

In vista della discussione nel merito le parti hanno depositato memorie difensive, rappresentando tra l'altro che la

Prefettura non aveva ancora proceduto alla sottoscrizione del contratto con la nuova aggiudicataria, e all'udienza pubblica del 23.11.2012 la causa è passata in decisione.

4. Osserva preliminarmente il Collegio come del tutto infondato sia il rilievo di parte appellante circa la pretesa tardività dell'impugnazione di primo grado, sul presupposto che il *dies a quo*, ai fini della decorrenza del termine decadenziale, sarebbe da individuare nella decisione di riammissione alla gara del RTI Gepsa, prima ancora che la procedura fosse aggiudicata in suo favore.

4.1. Simile presupposto è, infatti, manifestamente erroneo, considerato che nelle procedure ad evidenza pubblica l'onere di impugnazione sorge solamente all'atto dell'aggiudicazione definitiva e che, prima di allora, secondo l'insegnamento comune, alcun effetto definitivamente lesivo può ritenersi prodotto dall'aggiudicazione provvisoria (la cui impugnazione è infatti una mera facoltà) né, tanto meno, dalla semplice ammissione (o riammissione) in gara degli altri concorrenti (la cui impugnazione immediata sarebbe di dubbia ammissibilità).

4.2. Le sole ed uniche eccezioni a tale principio generale sono rappresentate, dal bando, ove contenga clausole immediatamente escludenti, e dall'esclusione dalla gara. In entrambi i casi si è al cospetto di atti che, sebbene abbiano natura endoprocedimentale, determinando tuttavia una evidente ed in ipotesi definitiva lesione nella sfera giuridica di chi è escluso, devono essere impugnati immediatamente, prima ancora che la procedura sia conclusa; senza che a tali ipotesi possa essere assimilata quella concernente l'ammissione (o la riammissione) degli altri concorrenti alla medesima gara.

5. Ribadita la ricevibilità dell'originario ricorso in primo grado, con il secondo motivo di appello si censura la sentenza laddove ha ritenuto che l'odierna appellante andasse esclusa per non avere manifestato l'impegno a costituirsi in raggruppamento temporaneo, in caso di aggiudicazione, attraverso una "dichiarazione autenticata in carta legale", così come previsto dall'art. 11 dell'Avviso di gara.

5.1. La difesa di parte appellante sostiene che, ove interpretata come richiedente un adempimento ulteriore e diverso rispetto a quanto comunemente previsto in generale dal d.p.r. 445/2000 e nello specifico dall'art. 37, co. 8, del d.lgs. 163/2006, la prescrizione dell'avviso dovrebbe considerarsi radicalmente nulla, laddove introduce una causa di esclusione che sfuggirebbe al principio di tassatività e di ragionevolezza; da qui l'esigenza di un'interpretazione correttiva, in chiave sostanzialistica, alla stregua della quale privilegiare il dato per cui, in ogni caso, la dichiarazione resa dal costituendo RTI Gepsa avrebbe raggiunto lo scopo prefissato dall'art. 11 dell'avviso.

5.2. La difesa del Consorzio Connecting ha invece invocato la cogenza della prescrizione formale contenuta nell'avviso, la cui violazione comporterebbe espressamente l'esclusione dalla gara, non potendo la stazione appaltante disapplicare tale prescrizione, cui si è vincolata, e non avendo l'appellante impugnato l'avviso, neppure in via incidentale.

5.3. Così riassunte le contrapposte tesi di parte, reputa il Collegio che – in disparte l'annosa questione sul regime di validità e di impugnabilità dei bandi di gara, questione in passato portata all'attenzione anche della Corte di Giustizia e tomata di attualità con il d.l. 70/2011 che ha introdotto il co. 1 bis dell'art. 46 co. 1 bis del d.lgs. 163/2006, dove il possibile contrasto del bando con la legge è declinato testualmente in termini di nullità – nel caso di specie l'espressione "dichiarazione autenticata in carta legale" possa (e debba) essere letta nel quadro di un sistema normativo che da tempo è incentrato sulla centralità e sufficienza delle dichiarazioni sostitutive, così come disciplinate dal d.p.r. 445/2000.

Si tratta, quest'ultimo, di un testo fondamentale in tema di documentazione amministrativa, nel quale sono raccolte anche le disposizioni in materia di autocertificazioni, che è richiamato dagli artt. 38 co. 2 e 74 co. 7 del Codice dei contratti, quale modalità comune attraverso la quale il candidato o il concorrente presenta la propria offerta ed attesta il possesso dei requisiti richiesti; e che, peraltro, trova ampia menzione anche nello stesso art. 11 dell'avviso,

per ogni altro adempimento.

Ragione per la quale, *re melius perpensa*, il Collegio ritiene che la prescrizione contenuta nell'avviso peccasse, quanto meno, di equivocità, nell'indicare una modalità di comunicazione "eccentrica" rispetto al contesto generale ed a quello specifico, al punto da potersi dubitare della sua effettiva cogenza e, soprattutto, del fatto che la sua violazione comportasse davvero l'esclusione dalla procedura, come è dimostrato anche dai quesiti rivolti sul punto dagli odierni appellanti alla stazione appaltante, prima della presentazione dell'offerta, rimasti colpevolmente senza risposta.

6. Con il terzo ed ultimo motivo di appello si contesta poi il capo della sentenza di primo grado nel quale è stata accolta la censura relativa alle modalità con cui il raggruppamento Gepa ha deciso di cooptare Cofely e Sinargasya.

6.1. Giova premettere come il Tar, ammessa l'estensione della cooptazione dall'ambito dei lavori a quello dei servizi (oltre che delle forniture), ha ritenuto che, una volta mutuato il modello normativo di cui all'art. 95 co. 2 d.p.r. 554/1999, non fosse sufficiente il rispetto del solo criterio quantitativo del limite massimo del 20% in capo alle imprese cooptate, ma occorresse anche garantire il rispetto di un criterio qualitativo. In particolare il Tar ha giudicato che le due cooptate, che si erano impegnate a svolgere complessivamente il 20% della somma complessiva dei servizi, dovessero dimostrare di avere i requisiti di partecipazione in misura corrispondente a detta quota e, poiché tale dimostrazione non era stata data (neppure in giudizio), ha accolto il ricorso.

6.2. L'appello contesta proprio la necessità di una simile corrispondenza tra requisiti di esperienza e quota di servizi da svolgere, sul duplice rilievo che i documenti di gara non prevedessero tale dimostrazione e che, ammettendo tale necessità, verrebbe allora meno qualunque differenza ontologica tra l'istituto dell'associazione temporanea di imprese e quello della cooptazione.

Si sostiene, in sintesi, che l'estensione della cooptazione, dai lavori ai servizi, sarebbe possibile alla sola ed unica condizione di rispettare il limite quantitativo del 20%.

6.3. Reputa il Collegio che tale assunto non sia condivisibile, per le seguenti ragioni.

6.4. In generale è assai dubbia la possibilità di esportare l'istituto della cooptazione, già contemplato in origine all'art. 23 del d.lgs. 406/1991, dall'ambito dei lavori, dove è stato a lungo disciplinato dal citato art. 95 co. 2 del d.p.r. 554/1999 cui oggi corrisponde l'art. 92 co. 5 del nuovo d.p.r. 207/2010, a quello dei servizi.

6.4.1. E' utile riportare per esteso la norma:

"Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati".

La collocazione di tali disposizioni in un contesto dedicato espressamente agli appalti di lavori e l'insistenza con la quale le disposizioni menzionate per ben tre volte ripetano sempre la parola "lavori", parrebbero già un chiaro indizio, per una volta, della specialità della previsione.

6.4.2. Ancora, detta previsione si inquadra in un sistema, quello dei lavori per l'appunto, contrassegnato da un sistema di qualificazione dei soggetti esecutori del tutto peculiare, poiché unico e generalizzato (v. art. 40 del d.lgs. 163/2006), basato su categorie e importi in forza dei quali è rilasciata un'attestazione da parte di organismi di diritto privato autorizzati (e controllati) dall'Autorità di Vigilanza (SOA), che dimostra e certifica il possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria. Mentre invece, per gli appalti di servizi e di forniture, quella stessa capacità va provata ogni volta in occasione della singola gara, tenuto anche conto dei requisiti richiesti dalle

stazioni appaltanti (v. artt. 41 e 42 del d.lgs. 163/2006)

All'interno del sistema di qualificazione dei lavori pubblici deve essere collocato l'istituto della cd. cooptazione, prevedendosi la possibilità che il singolo concorrente o più concorrenti riuniti associno altre imprese, provviste di una qualificazione SOA ma per categorie ed importi diversi da quelli richiesti dal singolo bando. Sicché l'istituto è chiaramente preordinato a consentire che imprese minori siano associate ad imprese maggiori e che, in questo modo, le prime maturino capacità tecniche diverse rispetto a quelle già possedute, facendo comunque salvo l'interesse della stazione appaltante attraverso l'imposizione della qualificazione dell'intero valore dell'appalto da parte delle seconde (le imprese che associano).

Ciò posto, non può non rilevarsi come neppure il nuovo regolamento del 2010, sebbene dettato per tutte le tipologie di appalti, contempli l'istituto della cooptazione con riferimento alle ATI nel settore delle forniture e dei servizi. Sicché, alla luce del dato letterale apparentemente inequivoco, valutato unitamente alle accennate differenze tra il sistema di qualificazione nei lavori e quello vigente per i servizi e le forniture, è ragionevole dubitare della possibilità di un'applicazione analogica delle ricordate disposizioni regolamentari agli appalti di servizi e di forniture.

6.4.3. Né può ritenersi che una simile conclusione – che, per le ragioni che a breve saranno esaminate, ha il pregio della chiarezza e della certezza - impedendo alle imprese minori di maturare capacità tecniche diverse ed ulteriori, determini, nel settore dei servizi e delle forniture, un restringimento significativo della partecipazione alle (future) gare e quindi, in ultima analisi, un effettivo freno alla concorrenza, in contrasto con i principi del diritto europeo.

Osserva infatti il Collegio come il ventaglio delle possibilità, offerte dalla legislazione di derivazione comunitaria nel contesto della collaborazione fra imprese, sia sufficientemente ampio da offrire agli operatori alternative comunque soddisfacenti: si pensi all'avvalimento, che consente il “prestito” dei requisiti di carattere economico, finanziario e tecnico mancanti; o alla stessa associazione temporanea di imprese, che consente di cumulare i requisiti posseduti da ciascuna impresa. Entrambi gli istituti appena richiamati valgono sicuramente ad ampliare la concorrenza e ricevono una disciplina puntuale.

6.5. Di contro, l'istituto dell'impresa cooptata, nei (non frequenti) casi in cui è stato riconosciuto applicabile ai servizi (v., in termini dubitativi, Cons. St., VI, n. 115/2012), ha subito sollevato il problema di individuare la disciplina ad esso applicabile. Come la vicenda qui in esame dimostra, ci si interroga se l'art. 95 co. 2 del d.p.r. 554/1999, ed ora l'art. 92 co. 4 del d.p.r. 207/2010, debbano o possano essere applicati per intero, sia nella parte in cui stabiliscono per le imprese cooptate il limite quantitativo del 20%, che potranno eseguire, rispetto al totale dell'appalto; che in quella in cui richiedono una corrispondenza tra (quote di) qualificazione e (quote di) esecuzione.

6.5.1. La sentenza del Tar, qui impugnata, sposa la tesi favorevole ad una piena corrispondenza tra qualificazione ed esecuzione, richiedendo quindi che, in generale, l'impresa cooptata dimostri il possesso dei requisiti tecnici in misura almeno pari alla quota del servizio che dovrà svolgere.

6.5.2. L'odierna appellante contesta il punto essenzialmente in due modi: per un verso ricordando che il principio della necessaria corrispondenza non è previsto dal legislatore in caso di ricorso alla cooptazione in un appalto di servizi; per un altro verso avanzando il dubbio che, una volta pretesa la prova della corrispondenza tra esperienza pregressa ed esecuzione futura, si finirebbe per “annullare ogni differenza ontologica tra imprese cooptate e imprese associate e, conseguentemente, vanificare la *ratio* stessa del ricorso all'istituto della cooptazione” (v. atto di appello a p. 18).

6.5.3. Ebbene, alla prima affermazione è agevole replicare che il problema sorge proprio perché, a monte, il legislatore non ha contemplato in alcun modo la cooptazione negli appalti di servizi, neppure dopo la vasta riforma

che ha condotto nel 2006 all'approvazione di codice unico degli appalti cui ha fatto seguito nel 2010 un regolamento del pari unitario.

Quanto al dubbio sopra richiamato, ci si potrebbe interrogare piuttosto, più in generale ancora, sulla utilità del ricorso all'istituto della cooptazione negli appalti di servizi, sino al punto da chiedersi se non vi si ricorra anche, o soprattutto, nel tentativo di sfuggire proprio all'obbligo di dimostrare, già in sede di offerta, la corrispondenza tra quote di qualificazione e di esecuzione. Obbligo che, come noto, previsto espressamente per i lavori, a carico delle imprese che costituiscono associazioni temporanee, è stato di recente applicato dalla giurisprudenza anche agli appalti di servizi e di forniture, sulla base di un'interpretazione sistematica dell'art. 37 co. 4 e 13 (nella versione originaria, precedente la modifica introdotta con il d.l. 95/2012), anche in assenza di una espressa previsione nel bando o nella lettera di invito (v., per tutti, Cons. St., III, n. 4323/2011, n. 793/2012 e n. 5238/2012).

6.6. Si è quindi dell'avviso che i problemi applicativi determinati dalla lacuna normativa confermino come non sia praticabile la via dell'interpretazione analogica o estensiva degli artt. 95 co. 4 del d.p.r. 554/1999 e 92 co. 5 del d.p.r. 207/2010; e che, comunque, anche ammettendo tale interpretazione, si debba fare (necessaria ed) integrale applicazione delle disposizioni appena richiamate e rilevare che, nel caso di specie le imprese cooptate dal raggruppamento Gepsa non hanno dimostrato di avere requisiti di esperienza in misura corrispondente alle parti del servizio che avrebbero voluto svolgere (cfr. il verbale del 1.2.2011 a p. 8 e 14 dove si legge molto chiaramente che le cooptate Synergasia e Cofely non hanno presentato "la dichiarazione di aver reso, senza demerito, servizi analoghi a quelli oggetto del presente appalto, nell'ultimo quinquennio, per un importo complessivo pari ad almeno 1.000.000 di euro"). Il che è in contrasto proprio con la disciplina della cooptazione che parte appellante ha invocato e, su un piano più generale, come questa Sezione ha ripetutamente affermato nelle sentenze sopra citate, non garantisce sufficientemente la stazione appaltante sul buon esito del programma contrattuale nella fase di esecuzione.

6.7. In conclusione, quindi, delle due l'una: o l'istituto della cooptazione non è estensibile agli appalti di servizi oppure, qualora lo sia, si impone di fare piena applicazione della disciplina prevista negli artt. 95 co. 4 del d.p.r. 554/1999 e 92 co. 5 del d.p.r. 207/2010, dimostrando di avere una qualificazione (ovvero un'esperienza pregressa) corrispondente alla parte ed alla quota di servizio che si è dichiarato di volere eseguire.

6.8. Ciò posto, nel caso di specie non si sfugge alla conseguente alternativa per la quale: o l'odierna appellante ha fatto ricorso all'istituto della cooptazione senza che ciò fosse consentito (neppure dalla *lex specialis*, che nulla prevedeva al riguardo), oppure poteva farlo ma (nel farlo) ha violato le disposizioni regolamentari che tale istituto disciplinano, a garanzia della stazione appaltante.

7. Sotto tale profilo, pertanto, la sentenza deve essere confermata. Il che conduce in ogni caso all'esclusione del raggruppamento Gepsa ed all'annullamento dell'aggiudicazione disposta in origine in suo favore.

8. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate, in ragione della complessità delle questioni affrontate in diritto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),
definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 23 e 28 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/12/2012

IL SEGRETARIO

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