

N. 06074/2014REG.PROV.COLL.
N. 06327/2014 REG.RIC.



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 6327 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

La Splendente Società Cooperativa, rappresentata e difesa dall'avv. Consuelo Feroci, con domicilio eletto presso Gabriella Telesca in Roma, Via Machiavelli, 25;

contro

Comune di Petritoli, rappresentato e difeso dall'avv. Jacopo Severo Bartolomei, con domicilio presso il Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Insieme Società Cooperativa Sociale Onlus, rappresentata e difesa dall'avv. Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso Guido Lenza in Roma, via XX Settembre, 98/E;

per la riforma

*della sentenza del T.A.R. MARCHE – ANCONA, n. 00742/2014,
del dispositivo di sentenza del T.A.R. MARCHE – ANCONA, n.
00686/2014, resi tra le parti, concernenti l'aggiudicazione della
gara d'appalto dei servizi interni della casa di riposo comunale del
Comune di Petritoli – mcp*

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

*Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Petritoli e di
Insieme Società Cooperativa Sociale Onlus;*

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

*Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2014 il
Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Milone
su delega di Feroci, Bartolomei e Lentini su delega di Fortunato;*

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. *La controversia concerne l'esito della procedura aperta espletata dal Comune di Petritoli per l'aggiudicazione, al prezzo più basso, ex art. 82, comma 2, del d.lgs. 163/2006, dell'appalto dei servizi interni alla Casa di Riposo Comunale "P.Marini", per il quadriennio 2013/2017.*

2. *Uno dei concorrenti, la coop. La Splendente, seconda in graduatoria, ha impugnato dinanzi al TAR Marche la determinazione n. 31 in data 5 maggio 2014, con cui l'appalto è stato aggiudicato alla coop. sociale Insieme – Onlus, chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione, nonché il risarcimento del danno "... nella misura in cui è preclusa l'aggiudicazione del*

servizio ... sia in termini di mancato utile, sia in termini di impossibilità di spesa dell'esperienza nelle successive e future gare ...”.

Ha dedotto a tal fine censure così sintetizzabili:

(a)- è stata consentita all'aggiudicataria la sostituzione, a termine scaduto, del contratto di avvalimento con la Lucana Servizi S.r.l.,

necessario per la partecipazione alla gara, così sostanzialmente modificando l'oggetto del contratto.

(b)- è stato consentito all'aggiudicataria l'avvalimento per la dimostrazione dell'affidabilità bancaria e per l'iscrizione camerale per il servizio “gestione mense e lavanderia”, mentre si tratta di requisiti di carattere soggettivo per i quali non è possibile ricorrere all'avvalimento.

(c)- ai lavori della commissione di gara ha partecipato un componente esperto nominato dal r.u.p., in violazione dell'art. 88, comma 1-bis, del d.lgs. 163/2006, alle cui valutazioni i commissari si sono adeguati.

(d)- non è stata effettuata correttamente la verifica dell'anomalia delle offerte, in violazione degli artt. 87, comma 3, ed 82, comma 3-bis, del d.lgs. cit., in quanto l'offerta dell'aggiudicataria ha preso come riferimento un costo del personale inferiore ai minimi salariali stabiliti dal c.c.n.l. in vigore per il 2010/2012.

3. In data 3 luglio 2014 il TAR Marche ha pubblicato il dispositivo di rigetto del ricorso n. 686/2014, che è stato appellato dalla soccombente.

4. Nella sentenza, n. 742/2014 (depositata in data 25 luglio 2014), si afferma, in sostanza, che:

(a)- la commissione ha rispettato i limiti del soccorso istruttorio, dato che l'evidente errore materiale presente nell'oggetto del contratto di avvalimento, a seguito della richiesta di integrazione è stato sostituito con un contratto, con la stessa data e stipulato con la stessa ausiliaria ma recante l'oggetto corretto; e che non è in discussione che l'ausiliaria sia in possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria per i servizi appaltati.

(b)- l'aggiudicataria ha documentato la propria iscrizione alla C.C.I.A.A. per il servizio di gestione mense e lavanderia, per cui non è rilevante la menzione dell'iscrizione nel contratto di avvalimento, dato che l'aggiudicataria si è avvalsa solo dei requisiti di capacità economica e finanziaria e di esperienza; l'aggiudicataria, essendo costituita da meno di tre anni, si è avvalsa della possibilità di presentare una sola referenza bancaria (quella fornita dalla Banca di Credito Cooperativo di Monte Pruno) ed in aggiunta ha presentato una dichiarazione di avere un conto con saldo positivo presso la Banca di Credito Cooperativo di Sassano e una referenza in avvalimento, e non è posta in dubbio la possibilità di avvalersi di una referenza bancaria.

(c)- il ruolo di consulenza svolto dall'esperto nella valutazione delle giustificazioni in sede di verifica dell'anomalia, e la non partecipazione alle riunioni di carattere decisorio, rendono la sua attività compatibile con l'articolo 88, comma 1-bis, del d.lgs. cit., che prevede la mera facoltà di nominare un'apposita commissione e non esclude altri modi di operare da parte delle amministrazioni.

(d)- la censura relativa alla presentazione di un'offerta anomala, da escludere in quanto recante un costo del personale inferiore rispetto ai minimi contrattuali, è generica; l'offerta dell'aggiudicataria è

stata regolarmente sottoposta a verifica di anomalia e sono state ritenute valide le giustificazioni relative al costo del lavoro da essa fornite.

5. Con ordinanza n. 3959/2014 in data 29 agosto 2014, è stata respinta la domanda cautelare nei confronti del dispositivo.

6. L'appellante ha proposto motivi aggiunti avverso la motivazione della sentenza.

7. Con ordinanza n. 4344/2014 in data 25 settembre 2014 è stata respinta la domanda cautelare nei confronti della sentenza.

8. Anche in questa fase di appello controdeducono puntualmente il Comune di Petritoli e la controinteressata coop. Insieme.

9. In data 11 ottobre 2014 è stato sottoscritto il contratto di appalto con l'appellata, depositato in giudizio dal Comune con la memoria difensiva del 24 ottobre 2014.

10. Sulla base di detta ultima circostanza, tenuto conto che l'appellante non ha formulato la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto, né quella di subentro nel contratto stesso, né ha dichiarato una disponibilità in tal senso, e non ha riproposto in sede di appello la domanda risarcitoria respinta in primo grado, l'appellata ha eccepito infine l'improcedibilità dell'appello o della domanda di annullamento, per carenza di interesse, nonché la rinuncia della domanda risarcitoria.

11. Il Collegio osserva che, effettivamente, manca (anche in primo grado) una domanda riguardo alla inefficacia del contratto ed al subentro nel contratto eventualmente stipulato, e che la domanda di risarcimento non è stata riprodotta nei ricorsi di appello, né appare da essi desumibile.

Ciò fa sì che un eventuale annullamento dell'aggiudicazione, ai sensi degli artt. 121 e 122 cod. proc. amm., non potrebbero determinare effetti sul contratto stipulato; né, in applicazione dell'art. 101, comma 1, cod. proc. amm., potrebbe essere seguito da una condanna al risarcimento, mancando in appello una specifica domanda in tal senso.

Tuttavia, non può ritenersi venuto meno l'interesse alla decisione nel merito, limitatamente all'accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm. Infatti, tale accertamento (da ritenersi compreso nel petitum demolitorio) riveste un interesse attuale quanto meno quale presupposto della riforma della pronuncia sulle spese di giudizio, dato che la sentenza di primo grado ha disposto la condanna della ricorrente alle spese in funzione della soccombenza.

Senza contare che l'appellante può avere interesse ad ottenere l'accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione, nella prospettiva di un eventuale riproposizione di una domanda risarcitoria. Impregiudicata ogni futura decisione al riguardo, può osservarsi che il rigetto della domanda risarcitoria in primo grado è stato pronunciato come automatica conseguenza del rigetto della domanda di annullamento dell'aggiudicazione, e pertanto cadrebbe con la riforma della sentenza su quest'ultima domanda, non determinandosi per effetto della mancata riproposizione in appello della domanda risarcitoria alcun giudicato interno.

12. Ciò premesso, nel merito, risulta fondata la censura concernente il contratto di avvalimento.

12.1. L'appellante lamenta che non si è trattato di un'integrazione ma di una vera e propria sostituzione del contratto di avvalimento,

non consentita dall'ordinamento; che l'aver prodotto un contratto avente un oggetto completamente diverso equivale alla mancata produzione; che non vi è stato errore materiale, e che l'istituto del soccorso istruttorio non può essere utilizzato per colmare lacune non puramente formali, o imputabili ad un comportamento negligente del concorrente, vanificando la par condicio.

12.2. Per le parti resistenti e per il TAR si è invece trattato della correzione di errore materiale nella descrizione dell'oggetto del contratto di appalto, errore che non determinava alcuna incertezza assoluta sul contenuto dell'avvalimento o sulla provenienza dell'offerta, essendo tutti gli altri elementi essenziali correttamente indicati.

12.3. Il Collegio ritiene condivisibile la prospettazione dell'appellante.

Infatti:

(a) – l'appalto in questione si intitola “Appalto servizi interni casa di riposo comunale” e comprende le seguenti prestazioni (punto II.1.5. del bando, che rinvia al capitolato speciale): a) Assistenza e vigilanza degli ospiti; b) Attività infermieristiche; c) Coordinatore dei servizi interni; d) Predisposizione, confezione e distribuzione dei pasti; e) Pulizia/sanificazione dei locali e loro pertinenze; f) Lavanderia guardaroba; g) Manutenzioni; h) Rapporti con famiglie ospiti; i) Animazione.

(b) – il contratto di avvalimento con la Lucana Servizi S.r.l. datato 21 giugno 2013, originariamente presentato dall'appellata coop. Insieme a corredo della propria offerta, mette a disposizione dell'impresa ausiliata (art. 1) i seguenti requisiti: fatturato globale triennio 2009-2010-2011 almeno pari all'importo complessivo base

d'asta di euro 2.400.000,00; iscrizione alla CCIAA per l'attività di Gestione Mense e Lavanderia; n. 1 referenza bancaria.

(c)- nel contratto predetto l'impresa ausiliaria si impegna (art. 2) a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse indicate “limitatamente all'appalto per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali comunali del Comune di Petritoli”.

(d) - a seguito della richiesta di chiarimenti trasmessa dalla stazione appaltante con nota prot. 3390 in data 10 luglio 2013 (con cui si invitava l'odierna appellata a chiarire per quale motivo all'art. 2 del contratto di avvalimento fosse indicata la dicitura “limitatamente all'appalto per il servizio di pulizia dei locali comunali del Comune di Petritoli”, aggiungendo l'ulteriore invito: “eventualmente riproducendo il contratto di avvalimento con le opportune correzioni”), la coop. Insieme ha prodotto in data 18 luglio 2013 un contratto il cui impegno ha ad oggetto (art. 2) “... l'affidamento dei servizi interni della Casa di Riposo Comunale “P.Marini” del Comune di Petritoli per il quadriennio 2013-2017 CIG 5030622898”.

Ciò stante, è innegabile che l'impegno contenuto nel contratto di avvalimento tempestivamente presentato si riferisse ad un oggetto diverso rispetto a quello dell'appalto.

Detta diversità era tale da rendere incerto l'impegno assicurato dall'ausiliaria.

Infatti, anche ipotizzando che il riferimento ai locali comunali, senza esclusione alcuna, comprenda anche quelli occupati dalla casa di riposo “P.Marini”, non potrebbe comunque ritenersi che l'oggetto del primo contratto comprendesse il secondo, essendo assai più limitato nei contenuti (come sopra esposto, i servizi di pulizia sono

una sola delle componenti dei “servizi interni” complessivamente appaltandi, e non certo la più importante, sia in termini economici che funzionali).

Né può dirsi che si trattasse di errore materiale (refuso), essendo tale quello di esternazione in presenza di una diversa volontà altrimenti dimostrabile, ovvero quello che conduca a dichiarare un contenuto in sé privo di senso, ma che, se riferito al contesto in cui la manifestazione di volontà è avvenuta, può presumersi indice univoco di una volontà diversa. Il che non può dirsi nel caso in esame, essendo l'impegno contenuto nel contratto originario in sé perfettamente possibile e lecito.

La spiegazione più plausibile conduce invece ad ipotizzare un contratto di avvalimento sottoscritto senza una effettiva considerazione dell'oggetto dell'appalto in questione ed una valutazione dell'impegno ad esso relativo, e come tale insufficiente a costituire valido requisito di partecipazione.

Risultano pertanto violati i principi che regolano il potere di soccorso istruttorio, che – come del resto ricorda il TAR nella sentenza appellata - non può ledere la par condicio ammettendo anche oltre il termine previsto dal bando documenti o dichiarazioni che devono essere presentati entro detto termine a pena di esclusione.

13. L'illegittimità della modifica del contratto di avvalimento determina il venir meno di alcuni dei requisiti di capacità economico-finanziaria - per quanto concerne la realizzazione negli ultimi tre esercizi di un fatturato relativo ai servizi appaltandi almeno pari al valore dell'appalto, nonché l'esperienza nel triennio 2010/2012 nella gestione di una struttura autorizzata con almeno

24 ospiti - che sono richiesti al punto 8 del disciplinare, ma che l'appellata, pacificamente, non possiede in proprio.

Inoltre, determina la mancanza dei requisiti anche per quanto concerne le referenze bancarie, costituenti l'altro requisito di capacità economico-finanziaria.

13.1. Riguardo a tale ultimo aspetto, l'appellante sostiene che l'appellata ha presentato (oltre alla referenza della BCC di Monte Pruno) una referenza in avvalimento ed una lettera della BCC di Sassano che non costituisce all'evidenza referenza bancaria; e che la recente costituzione della società comportava la riferibilità dei requisiti di capacità economico finanziaria al periodo di attività infratriennale, ma non la esimeva dal dover rispettare le previsioni dell'art. 8, cit.

13.2. Il Comune sostiene che il ricorso all'avvalimento è stato utilizzato solo per il possesso degli altri requisiti di capacità economico-finanziaria previsti dal bando, messi appunto a disposizione dalla Lucana Servizi.

E, per ciò che concerne le referenze bancarie, sottolinea che, in risposta alla succitata richiesta di chiarimenti della stazione appaltante prot. 3390/2013, l'aggiudicataria, con nota in data 18 luglio 2013, ha precisato che la lettera della BCC di Sassano non riporta quale dicitura espressa "Referenza bancaria" e pertanto "nel dubbio che la commissione non la ritenesse valida ha operato anche il ricorso all'avvalimento".

13.3. Il Collegio osserva che la lettera in data 4 aprile 2013 della BCC di Sassano non può essere considerata referenza bancaria in quanto in essa la banca si limita ad attestare che la coop. Insieme è "intestataria di un rapporto di conto corrente ... con saldo positivo",

senza prendere minimamente posizione in ordine alla capacità dell'impresa di assumere gli impegni derivanti dall'esecuzione dell'appalto, e comunque senza dar conto della correttezza e puntualità nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto creditizio e/o l'assenza di situazioni passive.

13.4. La coop. Insieme sostiene invece che, essendo costituita da meno di tre anni, era sufficiente una sola referenza bancaria, in applicazione dell'art. 41, comma 3, del d.lgs. 163/2006.

Il Collegio non è di questo avviso.

Come sostiene l'appellante, la costituzione recente della impresa consentiva semmai, in applicazione della disposizione predetta, di limitare il requisito al solo periodo di esistenza, così come era stato chiarito dalla stazione appaltante in risposta al quesito postole in data 6 maggio 2013.

Vale a dire, le referenze bancarie avrebbero potuto riferirsi ad un periodo di attività limitato, ma dovevano pur sempre essere due; ed invece solo una, quella della BCC Monte Pruno di Roscigno e Laurino, poteva essere considerata valida referenza bancaria.

13.5. Dunque, l'impossibilità di ottenere i requisiti mancanti mediante l'avvalimento, determina anche la mancanza di quello relativo alle referenze bancarie, in violazione del punto 8 del disciplinare che, tra i "requisiti di capacità economico-finanziaria", richiede "dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati".

14. Il motivo di appello concernente l'illegittimità di un avvalimento esteso alla referenza bancaria, risulta assorbito dal profilo di censura sopra ritenuto fondato.

15. Per ragioni di economia processuale, il Collegio ritiene di potersi esimere dall'esaminare i restanti motivi di appello, incentrati sull'asserita mancanza in capo all'appellata di (alcune delle) iscrizioni camerali necessarie per l'esecuzione dell'appalto, sull'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria e sull'impossibilità di accettare giustificazioni in presenza di una violazione dei minimi contrattuali, sull'illegittima partecipazione di un esperto alle attività della commissione di gara.

16. In conclusione, l'appello deve essere parzialmente accolto, con parziale accoglimento del ricorso di primo grado ed accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore dell'odierna appellata.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie parzialmente il ricorso proposto in primo grado e dichiara l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione con esso impugnato.

Condanna il Comune di Petritoli e la cooperativa sociale appellata al pagamento in favore della cooperativa appellante delle spese del doppio grado di giudizio, che liquida in 2.000,00 (duemila/00) euro, a carico di ciascuno, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/12/2014

IL SEGRETARIO

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