

N. 02344/2011REG.PROV.COLL.
N. 00169/2011 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 n. 169 del 2011, proposto da:

Kcs Caregiver Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa dagli Avv.
Enrico Di Ienno, Federico Hernandez, con domicilio eletto presso il
primo in Roma, Via Giovanni Antonelli, 4;

contro

Opere Pie Decentrate di Ricovero e Cura "G. Didari";
Cooperativa Sociale Solaris, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea
Galvani e Rodolfo Ventura, con domicilio eletto presso il primo in
Roma, via Salaria, 95;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche,
Sezione I, n. 3374/2010.

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 marzo 2011 il Cons. Marco Lipari e uditi per le parti gli avvocati Hernandez e Pafundi, su delega di Galvani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La sentenza appellata ha accolto il ricorso proposto dalla Cooperativa Sociale Solaris, per l'annullamento degli atti, adottati dall'ente Opere Pie Decentrate "G. Didari", riguardanti l'aggiudicazione alla impresa KCS Caregiver Cooperativa Sociale (di seguito "KCS") dell'appalto dei servizi alberghieri, socio assistenziali infermieristici e di pulizia.

2. L'appellante contesta la decisione di accoglimento.

L'originaria ricorrente resiste al gravame, mentre l'amministrazione non si è costituita in giudizio.

3. Il TAR ha ritenuto illegittima l'esclusione della ricorrente di primo grado Solaris dalla gara.

Secondo la stazione appaltante, l'impresa concorrente non avrebbe dimostrato il requisito soggettivo concernente il possesso della certificazione di qualità "UNI EN ISO 9001 e/o 9002 per i servizi oggetto del presente appalto", prescritto dalla *lex specialis* di gara.

A dire dell'amministrazione, a tale scopo non sarebbe idonea la produzione del contratto di avvalimento stipulato con la società cooperativa Alpha Cooperativa Sociale, relativo alla "messa a disposizione" del possesso di tale certificazione.

In particolare, secondo la deliberazione di approvazione dell'esito della gara, *“l'assenza di certificazioni di qualità e la scelta dell'avvalimento delle certificazioni di ditta terza rappresenta una condizione di esclusione insanabile. Infatti un parere della AVCP (allegato alla relazione della commissione di gara) sottolinea che la certificazione di qualità è requisito soggettivo e quindi non cedibile”*.

4. Secondo il TAR, è illegittimo il provvedimento di esclusione, nella parte in cui ha rifiutato, in radice, l'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento, in relazione a requisiti, come quello riguardante il possesso della certificazione di qualità, *“di natura soggettiva”*.

5. La Sezione condivide, in termini generali, la ricostruzione giuridica svolta dalla sentenza di primo grado, ma non le implicazioni concrete riferite alla particolare fattispecie in esame.

Infatti, sul piano letterale, l'articolo 49 del codice dei contratti pubblici, nel disciplinare l'istituto dell'avvalimento, non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale.

D'altra parte, è fuori discussione che, nell'ottica dell'ordinamento comunitario, l'avvalimento miri ad incentivare la concorrenza, nell'interesse delle imprese, agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti: pertanto, deve essere evitata ogni lettura aprioristicamente restrittiva dell'ambito di operatività della nuova disciplina.

In questa prospettiva, non persuade l'indirizzo interpretativo espresso

dall'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici (peraltro, sulla base di una motivazione piuttosto sintetica e ancora non consolidato), che ha affermato l'esistenza di un divieto assoluto e inderogabile di ricorrere all'avvalimento, per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di "qualità".

6. Tuttavia, una volta ammessa l'astratta operatività dell'avvalimento, non può essere trascurata l'evidente difficoltà "pratica" di dimostrare, in concreto, l'effettiva disponibilità di un requisito che, per le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa, alle sue procedure interne, al bagaglio delle conoscenze utilizzate nello svolgimento delle attività.

In questo contesto, è onere della concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a "prestare" il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).

7. Nel caso di specie, il "contratto di avvalimento" esibito dalla società ricorrente si limita a prevedere la disponibilità (generica e astratta) della certificazione ISO posseduta dall'impresa ausiliaria, accompagnata dall'assunzione di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

Non emerge, in alcun modo, che il contratto prodotto in sede di gara

stabilisca anche un chiaro impegno dell'impresa ausiliaria di fornire strutture, personale qualificato, tecniche operative, mezzi collegati alla qualità soggettiva "concessa".

Né può ritenersi che tale impegno comprenda, implicitamente, anche quello relativo alla concreta "cessione" dei mezzi organizzativi correlati al conseguimento della certificazione.

Detto obbligo esecutivo, poi, non deriva nemmeno dall'assunzione di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

8. Solo successivamente, in questo grado di appello, la parte appellata ha esibito un atto da cui risulterebbe l'impegno della ausiliaria diretto a mettere a disposizione, fra l'altro, "*processi produttivi certificati, know how sul controllo di qualità e sulla rilevazione e analisi delle attività*".

Si tratta, però, di un atto del tutto nuovo rispetto alla documentazione allegata all'offerta in sede di gara, che non ha valenza meramente ricognitiva od esplicativa del precedente contratto di avvalimento.

Ne deriva che la carenza del prescritto requisito soggettivo di qualità non potrebbe essere tardivamente sanata.

In sintesi, nella vicenda in esame risulta carente proprio il presupposto della idoneità del contratto di avvalimento esibito dall'impresa interessata.

9. La parte appellata obietta, al riguardo, che la questione della *idoneità concreta* del "contratto di avvalimento" non è stata prospettata dall'amministrazione nel provvedimento impugnato. Né essa ha formato oggetto di approfondite deduzioni difensive delle parti. Al punto che il TAR, con statuizione non espressamente impugnata

dall'appellante, ha affermato l'irrelevanza di tale problematica ai fini della valutazione di illegittimità dell'esclusione.

10. Le argomentazioni processuali espresse dall'appellato, pur apprezzabili nei loro richiami alla puntuale applicazione del principio dispositivo nel processo amministrativo, non sono condivisibili.

A fronte della determinazione di esclusione, incentrata sulla asserita radicale inidoneità del contratto di avvalimento in questione a comprovare il possesso del requisito soggettivo di certificazione ISO, il ricorrente di primo grado avrebbe dovuto dimostrare la sussistenza del proprio interesse a coltivare l'impugnazione. A tale fine avrebbe dovuto allegare non solo l'erroneità della valutazione giuridica espressa dall'amministrazione, ma anche l'attitudine dell'atto allegato all'offerta a soddisfare il requisito prescritto, in relazione al quadro normativo di riferimento e alla sua corretta interpretazione.

11. D'altro canto, la considerazione delle caratteristiche minime necessarie per utilizzare l'istituto dell'avvalimento, allo scopo di dimostrare il possesso della certificazione di qualità, non costituisce una questione giuridica nuova o diversa rispetto alle due tesi giuridiche estreme, espresse dalla giurisprudenza, secondo cui, per tale categoria di requisiti, l'avvalimento è sempre ammesso o sempre escluso.

Sicché, il riferimento alla preferibile opinione "intermedia", in forza del quale l'avvalimento è ammesso solo in presenza della dimostrazione di una disponibilità concreta degli elementi oggettivi connessi a tale requisito qualitativo, rappresenta il corretto sviluppo

delle argomentazioni compiute per vagliare la fondatezza dei motivi di ricorso.

Tale profilo della controversia, pertanto, ben può essere esaminato, in secondo grado, anche in assenza della esplicita deduzione di un apposito motivo di appello.

Né può trascurarsi che tale aspetto della vicenda abbia formato oggetto di discussione in sede di esame dell'istanza cautelare.

12. In definitiva, quindi, l'appello deve essere accolto, con il conseguente rigetto del ricorso di primo grado ed assorbimento degli ulteriori motivi di appello.

Le spese dei due gradi possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

Accoglie l'appello e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Marco Lipari, Consigliere, Estensore

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/04/2011

IL SEGRETARIO

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