

**N. 00092/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00378/2011 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 378 del 2011, proposto da:

Consorzio Connecting People Soc. Coop. Onlus, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Scozzari e Giulia Milo,
con domicilio eletto presso la seconda, in Trieste, via Mercato Vecchio 3;

d

contro

U.T.G. - Prefettura di Gorizia, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Trieste,
piazza Dalmazia 3;

nei confronti di

Gepsa, Cofely Italia S.p.A., rappresentati e difesi dagli avv. Gianni Zgagliardich, Fabio Cangiano, Patrizio Leozappa, con domicilio eletto presso il primo, in Trieste, via Filzi 8; Associazione Culturale Acuarinto, Synergasia Cooperativa Sociale Onlus, ut supra rappresentati e difesi; Cooperativa Sociale La Ghirlandina, Societa' Cooperativa Sociale Albatros 1973 A R.L., Minerva S.C.P.A., Associazione dei Cavalieri Italiani del Sovrano Ordine di Malta Corpo Italiano di Soccorso;

per l'annullamento

del decreto del Prefetto di Gorizia, n.12877 del 24 giugno 2011, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto per la gestione 2011-2014 del C.I.E. e del C.A.R.A. di Gradisca d'Isonzo, al costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese tra Gepsa (mandataria), Associazione Culturale Acuarinto di Agrigento, Cofely Italia di Roma e Synergasia Cooperativa Sociale di Roma, in esito alla gara indetta con Avviso Pubblico del 23/12/2010, alla Prefettura-Ufficio territoriale del Governo di Gorizia; ove occorra della nota del 24 giugno 2011 n.0012906 della Prefettura di Gorizia con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione definitiva; nonché per l'annullamento dei verbali di gara del 1 febbraio 2011; del 4 febbraio 2011; del 22 febbraio 2011; del 2 marzo 2011; del verbale di gara del 9 marzo 2011; del verbale di gara del 29 marzo 2011; del verbale di gara del 4 aprile 2011; ivi compresi i pareri dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Trieste, richiamati dai suddetti verbali e per l'annullamento dell'atto di aggiudicazione provvisoria del 5 aprile 2011, nonché di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di U.T.G. - Prefettura di Gorizia e di Gepsa e di Associazione Culturale

Acuarinto e di Cofely Italia S.p.A. e di Synergasia Cooperativa Sociale Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2012 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Il ricorrente Consorzio impugna l'aggiudicazione definitiva dell'appalto di gestione del CIE e del CARA di Gradisca d'Isonzo per gli anni 2011 - 2014 al controinteressato R.T.I. tra la mandataria GEPSA, Associazione Culturale Acuarinto di Agrigento, Cofely Italia di Roma e Synergasia Cooperativa Sociale di Roma, e atti connessi.

1.1. - In fatto, espone di aver partecipato alla gara de qua, bandita dalla Prefettura di Gorizia con Avviso del 23.12.10. Nella riunione dell'1.2.11, la Commissione decideva, dapprima, di ammettere con riserva (per violazione del punto 10 dell'Avviso) il Raggruppamento controinteressato e, subito dopo, di escluderlo definitivamente per asserita violazione del punto 11), in quanto l'impegno a rilasciare il mandato collettivo con rappresentanza ad una delle componenti il Raggruppamento, in caso di aggiudicazione, non aveva rispettato le formalità, previste dall'Avviso a pena di esclusione, e cioè di produrre il documento in forma di dichiarazione autenticata in carta legale, e perché le due Ditte cooptate non avevano dimostrato la capacità tecnica richiesta dal bando.

Nonostante l'istanza di riesame presentata dagli interessati, il 4.2.11 la Commissione confermava l'esclusione. Il successivo 22.2, peraltro, il R.T.I. veniva riammesso, in via definitiva, in asserita applicazione dei principi di buona

federe e di favor participationis.

All'esito della gara, il Raggruppamento controinteressato risultava aggiudicatario del servizio e la ricorrente seconda in classifica.. L'aggiudicazione definitiva avveniva con atto del 24.6.11.

1.2. - Contro l'aggiudicazione definitiva (e gli atti ad essa presupposti) agisce la ricorrente deducendone l'illegittimità sotto i seguenti profili:

- 1) violazione del punto 11) dell'Avviso di gara e dell'art. 37, comma 8, del D.Lg. 163/06. Sviamento.
- 2) Violazione del punto 11) dell'Avviso di gara. Contraddittorietà e sviamento;
- 3) violazione della par condicio ed errata applicazione del principio di favor participationis. Sviamento
- 4) Violazione dell'art. 97 della Costituzione, e degli artt. 9) e 10) dell'Avviso. Contraddittorietà ed illogicità
- 5) Violazione dell'art. 97 della Costituzione e dell'art.10) dell'Avviso. Contraddittorietà e illogicità..

2. - Si è costituita la Prefettura che - dopo aver precisato, in fatto, che anche la ricorrente era stata esclusa (per violazioni analoghe a quelle della controinteressata) e poi riammessa, alla stregua delle medesime argomentazioni della Commissione qui contestate - eccepisce, dapprima, la irricevibilità del ricorso, poichè lo stesso non contesta in alcun modo l'aggiudicazione in sé o la procedura seguita, ma solo la riammissione alla gara del controinteressato, di cui ha avuto conoscenza puntuale già il 22.2.10 e, in ogni caso, con la comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria, che, quindi, essendo atto concretamente ed immediatamente lesivo, andava impugnata nei termini.

Nel merito, contesta quanto affermato dalla ricorrente e conclude per la reiezione del ricorso.

3. - Anche il R.T.I. controinteressato è presente in giudizio, ove svolge la stessa eccezione di tardività e puntualmente controdeduce nel merito dell'impugnazione, chiedendo, in definitiva, che sia dichiarata irricevibile ovvero respinta.

4. - Con ordinanza n. 172/10 la richiesta di sospensiva veniva accolta. L'appello invece, con pronuncia della terza

Sezione n. 4982/11, è stato respinto, considerato che “stante la prossima definizione nel merito, non si ravvisano i presupposti per la richiesta misura cautelare”

5. - Per la definizione del ricorso è necessario affrontare tre questioni: in limine, la sua tempestività; nel merito il problema della violazione (formale) della lex specialis e quella del regime della c.d. “associazione per cooptazione”.

5.1. - Sia la P.A. che il R.T.I. controinteressato eccepiscono la tardività del ricorso affermando che, poichè l'istante - di fatto - contesta solo la riammissione del Raggruppamento alla gara, avrebbe dovuto impugnare in termini il verbale di riammissione, comunicato in data 22.2.11, o, quanto meno, l'aggiudicazione provvisoria, atto autonomamente lesivo, intervenuta il 4.4.11. Ne consegue che il ricorso, notificato il 26.7.11, ancorchè tempestivo rispetto all'aggiudicazione definitiva, non lo è nei confronti della provvisoria, che viene pertanto a costituire atto immediatamente lesivo.

5.1.1. - Il Collegio, come già esposto in sede cautelare, ritiene il ricorso tempestivo.

Va, dapprima, osservato che vi era facoltà, ma non certo onere, in capo al ricorrente di impugnare la riammissione alla gara del controinteressato, avvenuta con atto del 22.2.11, poiché da quella determinazione della Commissione non derivava alcun effetto immediatamente lesivo (che si è realizzato solo con la mancata aggiudicazione); né (a tenore di una giurisprudenza maggioritaria ancorchè non univoca) il partecipante ad una gara che non risulti vincitore ha l'onere (ma, anche in questo caso, solo la facoltà) di opporre l'aggiudicazione provvisoria, che è atto endoprocedimentale. La gara si conclude con l'aggiudicazione definitiva, ed è questo il provvedimento da impugnare in termini. E' solo l'atto finale che va gravato ed il ricorso - come riconosciuto dalle parti tutte - rispetto all'aggiudicazione definitiva è tempestivo (sul punto si veda, per tutti: C.S. n. 2842/111 e Tar Piemonte n. 154/12)

5.1.2. - L'Amministrazione solleva anche (ancorchè in modo non esplicito) una questione di carenza di interesse all'impugnazione, poiché la ricorrente sarebbe stata esclusa dalla gara e poi riammessa per le stesse ragioni della

controinteressata (violazione delle prescrizioni del Bando), cosicchè l'accoglimento della prima censura finirebbe col ridondare in suo danno.

L'eccezione (se pure fosse fondata) non rileva, dato che la ricorrente è stata comunque riammessa alla gara e nessuno ne ha contestato la posizione, cosicchè il Collegio deve limitarsi a prendere atto che essa è, allo stato, legittima concorrente che, in quanto tale, ben può impugnare l'ammissione di altri alla gara stessa.

Nel caso in cui il ricorso fosse accolto per un motivo che - in sede di corretta esecuzione della sentenza - ad avviso della Stazione Appaltante comportasse (per il principio di par condicio) anche l'estromissione dalla gara della ricorrente, ebbene, questa sarebbe una conseguenza "ulteriore", indipendente dalla statuizione resa tra le parti nella presente controversia.

Ad avviso del Collegio, il ricorso è quindi tempestivo e l'istante ha interesse alla sua definizione.

5.2. - Nel merito, è anche fondato.

5.2.1. - La prima questione, riguarda le modalità prescritte dall'Avviso per l'impegno a conferire mandato collettivo alla capogruppo, "in caso di associazione o consorzi non ancora costituiti".

Il punto 11) dell'Avviso, per quanto qui rileva, stabilisce che "alla richiesta deve essere allegata, a pena di esclusione, la seguente documentazione...d) dichiarazione, resa ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 445/00 sottoscritta dal legale rappresentante e attestante.....nel caso di associazioni o consorzi non ancora costituiti, dichiarazione autenticata in carta legale, con la quale le imprese che intendono costituirsi si impegnano a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza, all'impresa da qualificare come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti".

La controinteressata non ha - per sua stessa ammissione - confezionato l'atto di impegno nella forma prescritta

dall'Avviso a pena di esclusione. In applicazione della *lex specialis*, che anche la Stazione Appaltante è obbligata a rispettare, doveva pertanto essere esclusa.

La controinteressata rileva che, a suo avviso, la clausola non era chiara e comunque non pare rispondere ad un particolare interesse della P.A., concludendo che bene ha fatto la Commissione - in applicazione del principio di *favor participationis* - a riammetterla alla gara.

Il Collegio non condivide queste argomentazioni: infatti la violazione di una regola, sia pure formale, ma richiesta dal Bando a pena di esclusione, pone un obbligo anche a carico della S.A. che può essere disatteso solo se detta prescrizione sia oggettivamente equivoca, il che, nel caso di specie, non è: il bando imponeva, con chiarezza, una determinata forma della dichiarazione, e tale forma andava rispettata da ogni concorrente, pena l'esclusione.

Se il Raggruppamento controinteressato voleva far valere la pretesa illegittimità dell'Avviso perchè la clausola non risponderebbe ad un interesse sostanziale della P.A., aveva l'onere di proporre ricorso incidentale, onde espungere la prescrizione dalla *lex specialis*.

Afferma, in proposito, il controinteressato R.T.I. di non aver interesse a proporre impugnazione incidentale, dato che la Commissione l'aveva, in ogni caso, riammesso, con ciò dimostrando di condividere la sua interpretazione della clausola dell'Avviso. L'argomento è eccentrico rispetto al problema, che consiste nell'esservi, nell'Avviso di gara, una espressa causa di esclusione, di cui la ricorrente richiede la puntuale applicazione, con la conseguenza che, proprio in connessione a tale censura, deve ritenersi sorto l'interesse (e l'obbligo) del controinteressato di provocarne la rimozione, non apparendo possibile "aggirare" la prescrizione in via meramente interpretativa.

In definitiva, in corretta applicazione dell'Avviso di gara. la controinteressata andava esclusa.

5.3. - Ciò dispenserebbe il Collegio dal prendere posizione anche in merito al tema dell' "associazione per

cooptazione”, sul quale tuttavia, per completezza, merita spendere qualche parola.

5.3.1. - La c.d. “associazione per cooptazione” viene in evidenza con l’art. 23 del D.Lg. n. 406/91 (attuativo della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici), che consentiva alle imprese partecipanti alla gara, in possesso dei requisiti di partecipazione indicati dal Bando, di associare a sé una o più imprese iscritte (in allora) all’ Albo Nazionale dei Costruttori, anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superassero il 20 % dell’importo complessivo dei lavori oggetto dell’appalto e che l’ammontare complessivo delle iscrizioni possedute da ciascuna di tali imprese fosse almeno pari all’importo dei lavori che le sarebbero stati affidati. La norma è stata ripresa, con analogo contenuto, dall’art. 95, comma 4, del D.P.R. n. 554/99, applicabile *ratione temporis* alla presente controversia, ai sensi dell’art. 256, 4° comma, del D.Lg. 163/ 06, come precisato dalla decisione del C.S. n. 115/12 (alla quale si rinvia per approfondimenti), secondo cui “può ritenersi ancora operante l’istituto della cooptazione, il quale si caratterizza ... per la possibilità di far partecipare all’appalto anche imprese di modeste dimensioni, non suscettibili di raggrupparsi nelle forme previste dai commi 2 e 3 del citato art. 95” (cfr., anche: C.S. n. 5161/09; id, n. 3129/09 e n. 4655/06).

Della esportabilità della “cooptazione” dall’unico ambito in cui è contemplata (quello dei lavori pubblici), ad altri settori; si è a lungo dubitato, sia per l’eccezionalità dell’istituto che per le peculiarità della sua disciplina, strettamente legata alle nozioni del sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; tuttavia come più volte precisato dalla giurisprudenza (sin dalla decisione del C.S. n. 2010/06) “secondo la direttiva 92/50 (ora n. 04/18), nel caso di raggruppamenti di operatori economici, non può ad essi essere imposta una determinata veste giuridica. Ne consegue che la possibilità di un’impresa facente parte di un’ATI di cooptare altre imprese, ancorché prevista solo per i lavori, è espressione di un principio di derivazione comunitaria, e come tale è applicabile in tutti i pubblici appalti”, ivi

compresi quelli di servizi (si veda anche, per tutti: C.S. n. 2450/10).

5.3.2. - Si è da taluno opinato che, poichè nel sistema dei servizi non esiste la qualificazione, in questo caso sarebbe possibile associare qualsivoglia impresa minore nel solo rispetto del limite del 20% .

Il Collegio ritiene di non poter condividere questa conclusione, dal momento che, così operando, si priverebbe l'Amministrazione aggiudicatrice di ogni garanzia circa l'esperienza, l'idoneità tecnica e l'affidabilità dei soggetti che concretamente svolgeranno le prestazioni integranti una parte del servizio messo a gara; garanzie che non possono dirsi sussistenti solo perché l'impresa cooptante possiede in proprio tutti i requisiti richiesti. Secondo il modello normativo di cui all'art. 95, comma 4, D.P.R. n. 554/99 ("se l'impresa singola o le imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono associare 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 20 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"), occorre una precisa delimitazione dell'impiego della singola cooptata, oltre che quantitativa, anche in ragione dei requisiti dalla stessa posseduti.

Il Collegio è dell'avviso che, a garanzia degli interessi della S.A., ci si debba regolare allo stesso modo anche negli appalti di servizi, con la conseguenza che la cooptata deve comunque dimostrare il possesso dei requisiti (o, quanto meno di possedere adeguata esperienza) in misura almeno pari a quella della quota di servizio che dovrà svolgere (che dovrebbe essere debitamente precisata dalla lex specialis, sia sotto l'aspetto quantitativo che qualitativo).

Sul punto, la recente decisione del C.S. n. 115/12 così si è espressa: "mette conto evidenziare che un riparto qualitativo delle lavorazioni o dei servizi offerti dalle associate (cioè un riparto di tipo eterogeneo delle prestazioni

offerte) in tanto è possibile in quanto la Stazione Appaltante lo abbia, anche implicitamente, ammesso attraverso la indicazione delle opere scorporabili (in materia di lavori) ovvero dei servizi secondari (in materia di servizi); quante volte ciò non accada l'unico riparto ammesso tra le prestazione delle associate è di tipo quantitativo, cioè tra lavorazioni e servizi aventi carattere omogeneo. Ne consegue che nel caso in esame, in cui la stazione appaltante non aveva distinto tra servizi principali ed accessori, non era configurabile, anche a voler ammettere ... l'applicabilità alla fattispecie dell'istituto della cooptazione, un riparto qualitativo delle prestazione d'appalto".

5.3.3. - Nel caso all'esame, il Capitolato, pur non distinguendo tra servizi principali ed accessori, li ha suddivisi in: 1) servizio di gestione amministrativa e di minuta sussistenza e manutenzione; 2) servizio di assistenza generica alla persona; 3) servizio di assistenza sanitaria; 4) servizio di pulizia e igiene ambientale; 5) fornitura di beni.

Alla cooptata Cofely Italia s.p.a. risultano essere attribuiti i servizi di: a) gestione amministrativa e di minuta sussistenza e manutenzione, e b) di manutenzione, per una quota pari al 15% (cioè quelli indicati dal Bando sub n. 1); mentre a Synergasia - Cooperativa Sociale Onlus viene assegnata la sola attività di interpretariato e mediazione culturale (quindi una piccola frazione di quelli indicati sub n.2); per una quota pari al 5%. Appare subito evidente che, anche ammesso che si trattasse di servizi dotati di autonomia funzionale (e quindi attribuibili singulatim ad una cooptata), quanto meno per ciò che concerne Synergasia - Cooperativa Sociale Onlus ciò non è, essendo la stessa stata designata a svolgere solo una minima parte del complesso servizio indicato sub n. 2).

A questo va aggiunto che non pare legittimo nè ammissibile che l'esecuzione di una parte (non omogenea) del servizio possa essere affidata a soggetti di cui la S.A. ignora totalmente l'idoneità e la capacità di effettuarlo. Per fornire siffatta dimostrazione (che, nel sistema dei lavori, è espressa dalla qualificazione), non potranno che essere utilizzati gli stessi elementi che il bando richiede alla cooptante, quale, ad esempio, (nel caso in cui la parte di servizio attribuita alla

cooptata sia omogenea, quindi la ripartizione sia di tipo quantitativo) aver svolto senza demerito servizi analoghi a quelli attribuiti (per un valore rapportato alla quota di servizi da effettuare), qualora invece dovessero venir svolti dalla cooptata servizi secondari (specificamente qualificati - o comunque identificabili - come tali dalla lex specialis, cioè in caso di ripartizione qualitativa) si ritiene che la stessa debba dimostrare il possesso di requisiti specifici ovvero di adeguate capacità a svolgere la parte di servizio di cui è indicata esecutrice.

Il Collegio ritiene quindi fondata anche la censura relativa alla mancata dimostrazione che le cooptate possiedono adeguati requisiti per il servizio che dovrebbero svolgere..

Il ricorso va, in definitiva, quindi respinto.

6. - La particolarità della vicenda consiglia di disporre la totale compensazione, tra le parti tutte, delle spese e competenze di causa; ad eccezione del contributo unificato, pari ad € 2.000,00 che la Prefettura di Gorizia provvederà a rifondere alla ricorrente al momento del passaggio in giudicato della sentenza.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti. Contributo unificato rifiuto.

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

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

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2012

IL SEGRETARIO

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