

N. 02501/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01544/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1544 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Societa' Cooperativa Sociale Genesi, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Aurelio Sotera Rundo e Calogero Cicero, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Capizzoto in Catania, piazza Trento, 2;

contro

Comune di Messina, in persona del sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Falzea, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Simona Pavone in Catania, c.so Italia, 124;

nei confronti di

A.T.I. Cooperativa Nuova Presenza Onlus (mandataria), Cooperativa Faro 85e Cooperativa Azione Sociale(mandatarie), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati. Rosario Calanni, Arturo Merlo e, Stefania Cechich, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Catania, via V. Giuffrida, 37;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- del verbale di aggiudicazione provvisoria del 23.03.2011 della gara per l'espletamento del servizio di assistenza domiciliare anziani;
- nonchè del verbale di gara, del bando medesimo e del disciplinare di gara, ove necessario;
- nonché degli atti prodromici e successivi.
- quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato il 15.6.2011:

del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara di che trattasi.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Messina e d dell'ATI Cooperativa Nuova Presenza Onlus,- Azione Sociale - Faro 85;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2012 il Cons. dott. Gabriella Guzzardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente Cooperativa Sociale Genesi (classificatasi seconda), impugna con il ricorso introduttivo il verbale di aggiudicazione provvisoria del 23/3/2011 della gara indetta dal Comune di Messina per l'espletamento del servizio di "Assistenza Domiciliare anziani" , nonchè gli atti di gara ed il relativo bando, nella parte in cui viene ammessa anziché esclusa l'offerta dell'ATI contro interessata, aggiudicataria.

A sostegno del ricorso adduce le seguenti censure:

1-3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 D. L.vo 163/2006 e dell'art. 75 DPR 554/99 e degli artt. 46 e 47 DPR 445/2000 in ordine alle dichiarazioni previste nel bando di gara.

La contro interessata ATI avrebbe prodotto a corredo della propria domanda di partecipazione alla gara una dichiarazione di regolarità contributiva, espressamente richiesta dal bando, omettendo di precisare che le singole società costituenti L'ATI sono state destinatarie di svariate cartelle esattoriali, pagate in tutto o in acconto in data successiva alla resa dichiarazione di regolarità contributiva. Tale omissione avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara della partecipante che invece si è resa aggiudicataria, e ciò malgrado le imprese costituenti il raggruppamento controinteressato abbiano presentato il DURC attestante la regolarità contributiva.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 D. Lvo 163/2006 e dell'art. 75 del DPR 554/99; del D. L.vo n. 81/08 e del D. L.vo 626/94 in ordine alle dichiarazioni previste nel bando di gara con riferimento all'assolvimento degli obblighi del D. Lvo. N. 81/08 in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro).

La Cooperativa Azione Sociale, facente parte dell'ATI contro interessata, malgrado abbia dichiarato di essere in regola con le prescrizioni in materia di sicurezza sui luoghi del lavoro, ha omesso di sottoporre a visita medica i propri lavoratori che non hanno ricevuto la formazione prevista dal D. L.vo 626/94, in palese violazione della normativa vigente. Coerentemente l'ATI contro interessata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

4) Violazione e falsa applicazione del bando di gara e dell'art. 2 del DPCM n. 2488/2001. Violazione di legge.

Le Cooperative costituenti l'ATI controinteressata non hanno istituito il collegio sindacale malgrado ricorressero le condizioni di cui all'art. 2488 c.c.-

5) Violazione del principio di indipendenza e segretezza dell'offerta. Violazione del principio di libera concorrenza e di par condicio.

Afferma parte ricorrente che alcune cooperative si sarebbero riunite prima

della presentazione delle offerte (e desume il dato da informazioni giornalistiche) ponendo in essere presumibilmente accordi implicanti la partecipazione di alcune imprese e la illegittima spartizione del mercato.

La ricorrente, chiede infine il risarcimento dei danni subiti in conseguenza della mancata aggiudicazione, sia sotto il profilo del danno emergente che del lucro cessante con l'aggiunta del danno curriculare.

La Controinteressata Società Cooperativa "Nuova Presenza" O.N.L.U.S. in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con le Cooperative Sociali "Azione Sociale" e Faro 84" O.N.L.U.S., si costituisce in giudizio ed eccepisce la inammissibilità del ricorso per difetto di interesse per non avere impugnato parte ricorrente l'aggiudicazione definitiva; nel merito la infondatezza di tutti i motivi di ricorso.

Anche il Comune di Messina, costituito in giudizio eccepisce la inammissibilità del ricorso introduttivo per mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva e, nel merito la infondatezza del ricorso stesso.

Con motivi aggiunti depositati agli atti di causa in data 15 giugno 2011, parte ricorrente impugna il verbale di aggiudicazione definitiva della gara de qua, del 20/04/2011, pubblicato il 6/05/2011.

Premesso di non avere ricevuto comunicazione della intervenuta aggiudicazione definitiva in spregio alle previsioni normative che ciò impongono, ribadisce tutte le censure già poste a sostegno del ricorso principale proposto avverso l'aggiudicazione provvisoria. Deducendo altresì le seguenti ulteriori censure:

6) Mancata esclusione dell'offerta della contro interessata – Violazione e falsa applicazione del bando di gara e della legge- eccesso di potere.

La cooperativa Nuova Presenza facente parte del raggruppamento aggiudicatario sarebbe priva di valida certificazione ISO e conseguentemente l'importo della fideiussione non poteva andare

dimezzato .

7) Mancanza del potere di rappresentatività in capo agli amministratori della cooperativa Nuova Presenza Onlus: nullità assoluta dell'offerta-
Violazione della legge e del bando per mancanza dei requisiti di serietà ed affidabilità in capo alla controinteressata.

L'offerta della contro interessata sarebbe nulla in quanto sottoscritta da amministratori che non potrebbero rappresentare la cooperativa poiché sarebbero automaticamente decaduti dalla carica al completamento del terzo esercizio, intervenuto prima della proposizione della domanda di partecipazione alla gara de qua.

La controinteressata ATI di cui è capogruppo la Società Cooperativa "Nuova Presenza O.N.L.U.S. propone ricorso incidentale, depositato in data 20 giugno 2011, con il quale protesta la illegittima ammissione alla gara de qua della ricorrente sulla scorta delle seguenti censure:

A) Violazione per omessa applicazione dell'art. 87, 4° comma(ultima parte) del D. L.vo 163/2006, per non avere la Cooperativa Genesi specificamente indicato nell'offerta i costi per la sicurezza, obbligo sussistente anche nel silenzio del bando.

B) Violazione del D.M. 23/06/2004 istitutivo dell'Albo delle società cooperative presso il Ministero delle attività produttive e dei successivi decreti di aggiornamento del mod. 17 C in connessione con l'art. 2512 c.c., nonché dell'art. 223 sexiedecies Disp. Att. Cod. Civ. , dell'art. 11 L. n. 59/92 art. 4 comma 1, lett. B) del D. L.vo 220/2002.

La coop. Genesi sarebbe illegittimamente iscritta all'albo regionale delle istituzioni socio assistenziali in quanto carente del requisito di cooperativa a mutualità , non avendo versato per gli ani 2007, 2008 e 2009 le quote di competenza al fondo mutualistico delle cooperative trattenendole invece e ascrivendole al proprio capitale nell'anno successivo.

Con memoria depositata agli atti di causa in data 1° ottobre 2012 la

cooperativa ricorrente ha insistito per l'accoglimento del ricorso e ha eccepito la inammissibilità e la infondatezza del ricorso incidentale.

Il Comune intimato e l'ATI contro interessata hanno chiesto il rigetto del ricorso per motivi aggiunti del quale hanno eccepito la infondatezza.

Alla Camera di consiglio del 22 giugno 2011 è stata rigettata la domanda cautelare proposta da parte ricorrente.

Alla Pubblica Udienza del giorno 17 ottobre 2012 la causa è passata per la decisione.

DIRITTO

Il Collegio in via preliminare rigetta l'eccezione, proposta ex adverso, di inammissibilità del ricorso introduttivo, proposto avverso l'aggiudicazione provvisoria a favore della conotrointeressata, per non avere la ricorrente principale impugnato l'aggiudicazione definitiva intervenuta con determina dirigenziale n. 115 del 20 aprile 2011, per la tranciante considerazione che tale determina è stata impugnata con motivi aggiunti passati per la notifica in data 3 giugno 2011, in termini rispetto alla pubblicazione della stessa intervenuta in data 6 maggio 2011 ed alla effettiva conoscenza conseguita dalla cooperativa ricorrente qualche giorno prima della proposizione del ricorso per motivi aggiunti, non avendo (circostanza questa non contestata ex adverso) la stazione appaltante ottemperato all'obbligo di dare comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione.

Sgomberato il campo dalla sollevata eccezione preliminare, il Collegio procede prioritariamente all'esame del ricorso incidentale poiché con lo stesso si propone una questione di carattere pregiudiziale rispetto alla domanda oggetto del ricorso per motivi aggiunti, idonea a determinare, in caso di accoglimento, la declaratoria di inammissibilità del gravame per difetto di interesse giacché la questione sollevata con detto ricorso incidentale riguarda l'ammissione alla gara della ricorrente principale, ed anche nella considerazione che alla gara de qua hanno partecipato due sole

imprese(odierne ricorrente e contro interessata) che serberebbero l'interesse strumentale alla riedizione della gara ove entrambi i ricorsi, (motivi aggiunti al principale e incidentale) fossero fondati .

Tale ordine di trattazione, già propugnato in svariati arresti giurisprudenziali (ex multis, C. stato sez. V, sent. N. 1072 del 21/2/2011) è stato ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4 del 7 aprile 2011 che ha precisato appunto che il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere esaminato prioritariamente.

Infondati sono entrambi i motivi adottati a sostegno del ricorso incidentale qui all'esame.

Con riferimento al primo, col quale si contesta la mancata indicazione degli oneri di sicurezza nell'offerta della ricorrente, il Collegio rileva che il servizio oggetto d'appalto rientra nella categoria 25 di cui all'allegato 2 B al D. L.vo 163/2006 e resta perciò normato dall'art. 20 c. 1 dello stesso D. L.vo 163/2000 a tenore del quale l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati). Non sono applicabili quindi nel caso di specie le disposizioni di cui all'art. 87 4° comma del codice contratti. La ricorrente comunque, ha ottemperato alle prescrizioni del bando dichiarando che il prezzo offerto tiene conto degli oneri previsti dalla vigente normativa per la sicurezza fisica dei lavoratori, nonché degli obblighi in materia di sicurezza e delle condizioni di lavoro come rilevato dalla difesa della ricorrente e non contestato ex adverso.

Anche il secondo motivo del ricorso incidentale, con il quale si contesta la insussistenza, in capo alla ricorrente, del possesso di requisiti per

l'iscrizione all'Albo Regionale delle istituzioni socio sanitarie ai sensi dell'art. 26 L.R. n. 22/86, per non avere detta società effettuato per gli anni 2007, 2008, i versamenti delle quote di riserva del fondo mutualistico in spregio all'obbligo discendente dall'art. 11 L. n. 59/92, è infondato.

L'Assunto della controinteressata non trova infatti conferma nella documentazione allegata dalla Cooperativa Genesi dalla quale si evince che la stessa è iscritta all'Albo regionale delle Cooperative e che, soggetta a verifica annuale è stata ritenuta idonea al mantenimento di tale iscrizione in quanto il responsabile dell'Ufficio revisioni ha dichiarato non essere emerse irregolarità. Del resto, ad abundantiam, l'adempimento dell'obbligatorio versamento del 3% al fondo mutualistico è specificamente comprovato agli atti con riferimento agli esercizi 2008 e 2010.

Rilevata la infondatezza del ricorso incidentale e conseguentemente la sussistenza in capo alla società cooperativa Genesi dell'interesse alla definizione del ricorso principale e di quello per motivi aggiunti ad esso connesso il Collegio ne intraprende l'esame.

In via preliminare il Collegio rileva la improcedibilità del ricorso introduttivo proposto avverso l'aggiudicazione provvisoria stante la intervenuta aggiudicazione definitiva, avverso la quale è stato proposto tempestivamente il ricorso per motivi aggiunti che richiama i motivi già proposti con il ricorso introduttivo, e li integra con la proposizione di ulteriori due motivi di ricorso (in narrativa sub 6) e 7).

Si passa quindi all'esame del ricorso per motivi aggiunti

Con il primo e il terzo motivo (che si esaminano congiuntamente) si contesta la illegittimità della ammissione alla gara de qua dell' ATI controinteressata che avrebbe falsamente dichiarato di essere in regola con gli obblighi contributivi.

La censura è infondata.

Come risulta dalla documentazione versata in atti, le tre società cooperative

costituenti il raggruppamento contro interessato, hanno dichiarato “di essere in regola con i versamenti ai fini del DURC”. Tale dichiarazione è stata confermata dai “DURC” acquisiti dalla stazione appaltante con riferimento a ciascuna delle tre cooperative che compongono l’ATI aggiudicataria. Dalla documentazione offerta dalla contro interessata emerge anche l’intervenuto accertamento, su istanza della stazione appaltante, di carenza di carichi iscritti a ruolo inerenti a imposte e tasse, il cui termine sia scaduto, come da certificazione della SERIT di competenza. In presenza delle certificazioni sopra descritte e nella considerazione che il contenuto dei “DURC” per il principio dell’autonomia del procedimento del rilascio del documento unico di regolarità contributiva è incontestabile, la stazione appaltante ha l’obbligo di basare su di esso le proprie valutazioni in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale che i partecipanti alle gare devono possedere con riferimento all’adempimento degli oneri contributivi, in quanto le risultanze del DURC costituiscono dato di fatto inoppugnabile in assenza di procedimenti diretti a contestare gli accertamenti degli enti previdenziali riportati nel DURC (in termini TAR Calabria, Catanzaro, sent. N. 639 del 21 giugno 2012), come del resto confermato dal C. di Stato (sez. V, sent. N. 3738 del 26 giugno 2012) per il quale la stazione appaltante ha l’obbligo di adottare i provvedimenti consequenziali alle risultanze del DURC senza che si possano effettuare apprezzamenti in ordine alla sussistenza e gravità dei contestati eventuali inadempimenti.

La rilevata sussistenza di cartelle esattoriali a carico di ciascuna delle cooperative riunite in ATI di cui la “Nuova Presenza” ONLUS è mandataria, non costituiscono, conseguentemente, valido elemento atto a confutare il contenuto dei DURC e delle dichiarazioni di regolarità contributiva resa dalla SERIT Sicilia, poiché le inadempienze fiscali e contributive idonee ad escludere il requisito di ordine generale richiesto alla

imprese partecipanti alle gare pubbliche deve essere oltre che grave, definitivamente accertato. La valutazione di tali elementi è stata effettuata nel procedimento istaurato dalla stazione appaltante che ha fatto specifiche richieste alla Serit ed agli istituti previdenziali, che hanno rilasciato le incontrovertibili attestazioni di regolarità contributiva e fiscale con riferimento a tutte le cooperative del raggruppamento aggiudicatario (segnalando anche la sussistenza dell'accordata rateizzazione di quanto dovuto).

Anche la seconda censura è infondata in fatto, oltre che inammissibile perché genericamente formulata.

Le imprese del raggruppamento aggiudicatario hanno infatti, coerentemente con il dettato della lex specialis di gara, dichiarato, utilizzando il modulo all'uopo predisposto dalla stazione appaltante, di non avere commesso "gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti in possesso dell'Osservatorio dei Lavori Pubblici".

Non prova parte ricorrente che la presunta inadempienza della Cooperativa Azione Sociale consistente nel non avere sottoposto a visita medica i lavoratori e di non avere loro impartito la formazione di cui al D. L.vo 626/94, costituisca grave infrazione agli obblighi di legge; e comunque tale prova è preclusa dalla circostanza che non risulta agli atti che sussistano a carico della cooperativa in questione annotazioni di infrazioni accertate dall'Osservatorio LL.PP.

Con la quarta censura la ricorrente deduce la illegittima ammissione alla gara de qua della controinteressata in quanto le cooperative costituenti il raggruppamento aggiudicatario non avrebbero costituito il Collegio Sindacale in violazione delle espresse previsioni di legge e conseguentemente illegittimamente avrebbero conseguito lo status di cooperative sociali richiesto per la partecipazione alla gara de qua.

Come efficacemente controdedotto dalla difesa dell'ATI controinteressata, qualora fosse stata verificata la carenza di requisiti per la iscrizione all'Albo regionale delle imprese Cooperative, ammesso che la nomina dei revisori contabili rientri tra quelli indefettibili, le cooperative costituenti il raggruppamento controinteressato sarebbero state cancellate dal relativo Albo. La insussistenza di tale cancellazione, costituisce per tabulas prova della regolare costituzione delle cooperative interessate, in quanto in possesso di tutti i requisiti verificati e certificati all'atto della iscrizione all'Albo regionale.

Ad ogni buon conto, viene dimostrato in atti con l'allegazione della relativa documentazione che delle tre cooperative costituenti il raggruppamento aggiudicatario, due (Cooperativa Nuova Presenza e Faro 85) non hanno superato i limiti di entità dell'attivo, dei ricavi e del numero di dipendenti previsti nel combinato disposto degli artt. 2477 c. c. e 2435bis c.c. , ai fini della necessaria costituzione del Collegio Sindacale, mentre la terza (Cooperativa Azione Sociale) ha dichiarato di avere superato tali limiti nel biennio 2009/2010 provvedendo dal gennaio 2011 a costituire il detto Collegio. Questa affermata circostanza, suffragata dalla documentazione addotta, non trova confutazione ex adverso.

Infondata oltre che inammissibile in quanto apoditticamente formulata è la quinta censura con la quale si paventano illegittimi accordi di cordata tra varie società cooperative al fine di preordinare illecite spartizioni di mercato, senza fornire il benché minimo principio di prova di quanto enunciato (peraltro in modo ipotetico e dubitativo), e delle concrete refluenze di quanto dedotto sulla gara in questione.

Si passa ora all'esame della censura rubricata sub 6) con la quale si deduce la illegittimità della mancata esclusione dell'offerta della contro interessata, la violazione e falsa applicazione del bando di gara e della legge ed il vizio di eccesso di potere, sul presupposto che la cooperativa Nuova Presenza

facente parte del raggruppamento aggiudicatario sarebbe priva di valida certificazione ISO e conseguentemente l'importo della fideiussione non poteva andare dimezzato.

L'assunto è enunciato apoditticamente e senza alcun suffragio di prove, ed è smentito dalle allegazioni a corredo della costituzione della controinteressata, da cui si ricava che la cooperativa Nuova Presenza è in possesso di regolare certificazione UNI EN ISO 9001:2008 in relazione alla erogazione dei servizi oggetto di gara.

Con l'ultima censura infine viene dedotta la nullità assoluta dell'offerta per mancanza dei requisiti di serietà ed affidabilità in capo alla controinteressata, in quanto sottoscritta da amministratori che non potrebbero rappresentare la cooperativa poiché sarebbero automaticamente decaduti dalla carica al completamento del terzo esercizio, intervenuto prima della proposizione della domanda di partecipazione alla gara de qua.

Vero è che lo statuto della Cooperativa Nuova Presenza Onlus prevede all'art. 27 che il Consiglio di Amministrazione resta in carica da uno a tre anni secondo le decisioni di volta in volta prese dall'assemblea e che gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi. Ma tale previsione non è determinante in quanto rileverebbe, in ipotesi, ai soli fini della possibile impugnazione del reiterato atto di nomina dal cui annullamento discenderebbe la perdita di potere degli amministratori nominati. Il che significa che la denunciata violazione non determina la automatica perdita di rappresentatività della cooperativa i cui amministratori non siano stati dichiarati decaduti dalla carica.

Conclusivamente il ricorso principale va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, mentre l'accertata infondatezza di tutte le censure addotte a sostegno del ricorso per motivi aggiunti, ne determina il rigetto.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza, nella misura che si liquida

in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara improcedibile il ricorso principale, rigetta il ricorso incidentale e quello per motivi aggiunti proposto dal ricorrente.

Spese a carico di parte ricorrente nella misura che si liquida in Euro duemila//00, oltre accessori di legge, a favore di ciascuna delle due parti intimiate (Comune di Messina e ATI Nuova Presenza ONLUS).

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Gabriella Guzzardi, Consigliere, Estensore

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/10/2012

IL SEGRETARIO

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