

N. 06111/2012REG.PROV.COLL.
N. 00361/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 361 del 2012, proposto da:

Gesco - Consorzio di Cooperative Sociali in proprio e in qualità di mandatario dell'RTI con Milusa s.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Lucio Perone, Vincenzo Mormile, con domicilio eletto presso Rocco Marsiglia in Roma, viale Angelico, 39;

contro

Consorzio Icaro-Consorzio Cooperative Sociali Onlus, rappresentato e difeso dall'avv. Umberto Gentile, con domicilio eletto presso Paolo Carbone in Roma, via del Pozzetto, 122;

Comune di San Giorgio A Cremano, rappresentato e difeso dagli avv. Lucia Cicatiello, Adele Carlino, con domicilio eletto presso Francesco Cigliano in Roma, via degli Scipioni 132;

per la riforma

della di sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE I, n. 00476/2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizi plurimi in interventi di assistenza sociale alle categorie svantaggiate;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Icaro-Consorzio Cooperative Sociali Onlus e di Comune di San Giorgio A Cremano;

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 30 ottobre 2012 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Perone, in proprio e per delega dell'Avvocato Mormile, Gentile e Cicatiello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Oggetto del presente giudizio è la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi plurimi in interventi di assistenza sociale alle categorie svantaggiate per la durata di 6 anni, indetta dal Comune di San Giorgio a Cremano con bando del 30 luglio 2011.

La gara si concludeva con l'aggiudicazione in favore del consorzio di cooperative sociali Gesco, primo classificato, davanti al consorzio di cooperative sociali Icaro.

2. Quest'ultimo proponeva ricorso per l'annullamento degli atti di gara davanti al TAR Campania – sede di Napoli, nel quale contestava l'ammissione e l'aggiudicazione disposte in favore del consorzio controinteressato, il quale, a sua volta, spiegava ricorso incidentale diretto a censurare l'altrui ammissione alla procedura.

Il TAR adito respingeva il ricorso incidentale ed accoglieva il ricorso principale.

Reputava fondati i seguenti motivi:

- nell'offerta dell'aggiudicataria non risultavano adeguatamente stimati, né giustificati, i maggiori costi per prestazioni migliorative ed aggiuntive rispetto al progetto base;

- i verbali di gara non recavano menzione delle cautele e delle misure adottate a tutela dell'integrità e della conservazione della documentazione di gara;

- per la valutazione delle offerte si era consumata un'indebita commistione tra requisiti soggettivi del soggetto partecipante alla gara ed elementi oggettivi dell'offerta, in quanto per la voce relativa alla qualità organizzativa era stata prevista la valutazione del curriculum delle attività svolte nell'ultimo triennio, con attribuzione di un punteggio teorico massimo di 15 punti.

3. La sentenza è appellata dal consorzio Gesco, la quale ripropone tutti i motivi del ricorso incidentale disattesi dal TAR.

Si è costituito il consorzio Icaro per resistere all'appello ed il Comune di San Giorgio a Cremano, che invece ha formulato conclusioni adesive al consorzio appellante.

4. In conformità a quanto stabilito dall'Adunanza plenaria nella sentenza 7 aprile 2011, n. 4, va esaminato con priorità il ricorso incidentale, i cui motivi sono riproposti dall'appellante, come poc'anzi visto, in quanto tendente a negare la legittimazione a ricorrere dell'originaria ricorrente attraverso la contestazione della sua partecipazione alla gara oggetto di giudizio.

5. Di seguito sono sintetizzati i motivi dell'impugnativa incidentale in questione:

a) non conformità della cauzione provvisoria presentata da Icaro alle prescrizioni del bando in punto scadenza (almeno 180 giorni dalla scadenza del termine per il ricevimento delle offerte), in quanto avente scadenza al 25 aprile 2011, a fronte di una scadenza prorogata dall'amministrazione aggiudicatrice al 7 maggio successivo; al riguardo è stata censurata la mancanza di autentica notarile, richiesta a pena di esclusione dal bando di gara, nell'appendice alla polizza fideiussoria appositamente redatta dal

Consorzio Icaro in conseguenza della predetta proroga del termine di presentazione delle offerte;

b) non conformità del progetto di ristrutturazione ed arredamento delle case famiglia per minori presentato da Icaro con il regolamento regionale n. 6 del 2006 (“concernente i servizi residenziali e semiresidenziali per anziani, persone diversamente abili e minori”), con specifico riguardo alle caratteristiche degli appartamenti da destinare alle famiglie interessate dagli interventi di cui al contratto posto a gara;

c) mancanza di iscrizione camerale per il servizio di trasporti disabili in capo alla cooperativa Levante, indicata dal Consorzio Icaro come esecutrice del 95% delle attività, non avrebbe iscrizione camerale per il servizio di trasporto dei disabili, con conseguente falsità della dichiarazione resa dalla suddetta cooperativa di possedere tutte le iscrizioni necessarie per l'esecuzione dei servizi previsti dal capitolato speciale;

d) non regolare posizione del consorzio Icaro con il pagamento di imposte e tasse, per non avere questo mai versato la TARSU in relazione agli immobili utilizzati per lo svolgimento dei servizi oggetto di gara.

6. Come già anticipato nell'ordinanza cautelare n. 747 del 21 febbraio 2012, resa nel presente giudizio, l'appello è fondato.

In particolare, appare evidente la fondatezza del motivo sub b).

In fatto non è contestato che il progetto presentato da consorzio Icaro prevede la realizzazione di un solo servizio igienico.

Per contro, l'art. 10, comma 2, lett. d), reg. cit., prevede due servizi per le strutture residenziali destinate ai minori.

Che si tratti di prescrizione vincolante, contrariamente a quanto statuito dal TAR e ritenuto dal consorzio odierno appellato, si ricava dalla relativa formulazione letterale, che non consente deroghe, pena altrimenti lo svuotamento del disposto normativo, nonché dalla sua combinazione con l'art. 1 del medesimo regolamento, il quale, nell'enunciare le proprie

finalità, precisa che i requisiti strutturali, organizzativi e funzionali da esso previsti costituiscono standard minimi.

6.1 Non ha pregio poi l'assunto difensivo del consorzio Icaro secondo cui, trattandosi di progetto preliminare, lo stesso è suscettibile "anche a seguito di eventuali indicazioni/direttive da parte dell'Ente appaltante, di subire ulteriori modifiche in una fase successiva" (pag. 16 della memoria di discussione per l'udienza camerale del 21 febbraio 2012).

In contrario è agevole osservare che, a prescindere dall'elusione che in tal modo si determinerebbe nella par condicio tra i concorrenti, una simile variante progettuale è tale da alterare in modo essenziale le caratteristiche tecniche dell'offerta, e ciò non è evidentemente consentito in sede di gara, così come, del pari, non è ammessa una modifica progettuale concernente requisiti minimi dell'offerta (in termini si richiama la pronuncia di questa Sezione del 17 settembre 2012 n. 4916).

Ne consegue che, in assenza di un contenuto essenziale dell'offerta il Consorzio Icaro avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

7. La fondatezza del motivo in esame è sufficiente a condurre all'accoglimento del presente appello.

Nondimeno, risulta fondato anche il motivo sub a), visto che l'appendice alla polizza fideiussoria, resasi necessaria per far coincidere il relativo termine di durata con le prescrizioni della legge di gara successivamente allo slittamento del termine di presentazione delle offerte, è privo di autentica notarile.

Anche in questo caso non appare corretto l'assunto di parte appellata, secondo cui l'appendice, in quanto meramente ricognitiva dell'originale cui è stata materialmente allegata, non necessitava di alcuna autentica, dovendosi ad essa estendere quella apposta in calce al documento contenente l'originale.

Così non è visto che lo spostamento dei limiti temporali di durata incide,

modificandoli, quelli originariamente previsti, cosicché, per il principio di equivalenza delle forme negoziali, un contratto, ancorché meramente accessorio o modificativo di altro, deve possedere i medesimi requisiti formali di quest'ultimo.

Tale rilievo conduce anche ad escludere che a fronte di tale situazione la stazione appaltante avrebbe dovuto soccorre ex art. 46 d.lgs. n. 163/2006 l'offerente.

Ciò infatti avrebbe determinato, in violazione della par condicio, una inammissibile integrazione ex post di un documento mancante di un elemento essenziale. A questo specifico riguardo può essere richiamato, per analogia, l'art. 1325, n. 4, cod. civ., che fa assurgere ad elemento essenziale del contratto la forma quanto questa è imposta a pena di nullità dalla legge. Il ragionamento analogico si fonda in questo caso sui noti requisiti di certezza ed affidabilità cui si devono conformare i documenti e le dichiarazioni presentate in sede di procedure di affidamento di contratti pubblici, a sua volta rispondenti ad esigenze di ordine imperativo di affidabilità dell'offerta, cui si correla, quale conseguenza necessaria, la sanzione dell'esclusione.

8. Assorbiti dunque i restanti motivi, in accoglimento dell'appello si impone dunque la riforma della sentenza di primo grado, dovendosi accogliere il ricorso incidentale escludente colà proposto dal consorzio Gesco, con conseguente dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale del consorzio Icaro, essendo lo stesso risultato privo di legittimazione ad impugnare la gara in contestazione, secondo i principi stabiliti dalla citata pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 4/2011, vincolanti per le Sezioni semplici ai sensi dell'art. 99, comma 3, cod. proc. amm.

Per la complessità delle questioni trattate si ravvisano giusti motivi per compensare integralmente le spese tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso incidentale di primo grado e dichiara inammissibile il ricorso principale.

Spese compensate tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/11/2012

IL SEGRETARIO

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