

N. 00483/2013REG.PROV.COLL.
N. 03435/2012 REG.RIC.
N. 07425/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

1.

sul ricorso numero di [registro](#) generale 3435 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Azienda Sanitaria Locale Torino1, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. ti Paolo Scaparone e Cinzia Picco, con domicilio eletto presso Luca Di Raimondo in Roma, via della Consulta 50;

contro

Cooperativa Senza Frontiere S.c.s., rappresentata e difesa dagli avv. ti Mario Sanino e Luigi Gili, con domicilio eletto presso il primo di essi in Roma, viale Parioli, 180;

nei confronti di

Cooperativa Sanabil S.c.s.;

2.

sul ricorso numero di registro generale 7425 del 2012, proposto da:

Azienda Sanitaria Locale Torino¹, in persona del Direttore Generale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. ti Paolo Scaparone e Cinzia Picco, con domicilio eletto presso Luca Di Raimondo in Roma, via della Consulta 50;

contro

Cooperativa Senza Frontiere S.c.s., rappresentata e difesa dagli avv. ti Luigi Gili e Mario Sanino, con domicilio eletto presso il secondo di essi in Roma, viale Parioli, 180;

nei confronti di

Cooperativa Sanabil S.c.s., Cooperativa Liberi Tutti S.c.s., Associazione Fantz Fanon, non costituite in giudizio;

per la riforma,

quanto al ricorso n. 3435 del 2012:

della sentenza parziale del T.a.r. Piemonte: Sezione I n. 496/2012 e del dispositivo di sentenza del T.a.r. Piemonte - Torino: Sezione I n. 430/2012, [resa](#) tra le parti, concernente l'annullamento in autotutela di tre deliberazioni di aggiudicazione del servizio di mediazione culturale

quanto al ricorso n. 7425 del 2012:

della sentenza breve del T.a.r. Piemonte: Sezione I n. 980/2012, resa tra le parti, concernente l'indizione di nuove gare per l'aggiudicazione del servizio di mediazione culturale

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in entrambi i giudizi di Cooperativa Senza Frontiere Scs;

Viste le memorie difensive;

Viste le ordinanze cautelari n. 721/2012 e 2325/2012 con le quali sono stati sospesi gli effetti delle sentenze impugnate;

Visti tutti gli atti delle due cause;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2013 il Cons. Hadrian Simonetti, presenti per le parti costituite gli avvocati Di Raimondo, su delega di Scaparone, e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Cooperativa Senza Frontiere s.c.s., che svolge da anni attività socio-assistenziale nei confronti dei cittadini stranieri, aggiudicatasi una procedura negoziata indetta dall'Asl Torino 1, svolse dal 2007 il servizio delle attività di mediazione culturale presso il Centro Informazione Salute Immigrati-ISI.

Il rapporto contrattuale, protrattosi sino al 2009, fu risolto in quell'anno a causa di gravi inadempienze contestate dall'Asl, con deliberazione n. 318 del 27.3.2009 che la Cooperativa non contestò in giudizio, se non in un secondo momento, a distanza di oltre due anni.

Indetta una nuova procedura sempre l'affidamento del servizio, la Cooperativa ha presentato a marzo del 2010 domanda dichiarando, tra le altre cose, il possesso del requisito di cui all'art. 38 co. 1 lett. f) d.lgs. 163/2006, relativo al non avere commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dall'ente che bandisce la gara.

L'aggiudicazione, disposta in un primo tempo in favore della Cooperativa con deliberazione del 7.6.2010, è stata annullata d'ufficio a motivo della risoluzione del precedente rapporto, contestandosi alla Cooperativa anche di avere reso false dichiarazioni attestando il possesso di un requisito invece mancante.

Il Commissario dell'Asl To ha annullato inoltre, con la stessa deliberazione (la n. 703 del 21.10.2011) e per le stesse ragioni, anche due altre aggiudicazioni in favore della Cooperativa, una risalente al 31.12.2009, l'altra al 25.11.2010, disponendo la risoluzione dei relativi contratti.

2. Proposto ricorso, integrato con motivi aggiunti, avverso l'annullamento

in autotutela dei tre affidamenti (presso i Ser.T, il centro ISI, il Dipartimento Materno Infantile) - deducendo la violazione degli artt. 7 e 21 nonies l. 241/1990, l'eccesso di potere sotto vari profili, la violazione degli artt. 38 d.lgs. 163/2006 e 1456 c.c. - il Tar lo ha accolto, con la sentenza parziale n. 496/2012, preceduta dalla pubblicazione del dispositivo, sia per vizi procedurali - la comunicazione di avvio del procedimento aveva fatto riferimento a due soli dei tre originari affidamenti - sia per lesione dell'affidamento e per contraddittorietà, tenuto conto del tempo trascorso e del fatto che dopo la risoluzione del 27.3.2009 la Cooperativa era stata ammessa a diverse gare indette sempre dalla stessa Asl.

2.1. Proseguito il giudizio per l'esame dei motivi aggiunti, con i quali la Cooperativa aveva impugnato l'indizione di nuove gare per l'affidamento dei medesimi servizi e chiesto l'inefficacia dei nuovi contratti *medio tempore* sottoscritti, il Tar, con sentenza definitiva n. 980/2012, ha annullato i nuovi bandi ma ha respinto le domande di reintegrazione in forma specifica riconoscendo il risarcimento per equivalente, nei termini di cui all'art. 34 co. 4 del c.p.a.

3. Con due distinti appelli, L'Asl Torino 1 ha impugnato le due sentenze di primo grado, sulla base peraltro di argomentazioni comuni e consequenziali.

3.1. Richiamando per i vizi procedurali l'art. 21 octies co. 2 della l. 241/1990, ha dedotto in particolare come l'annullamento in autotutela sia stato giustificato non solo dalle contestate false dichiarazioni rese dalla Cooperativa ma, prima ancora, dalle ripetute e gravi inadempienze contrattuali poste a fondamento della risoluzione disposta con il ricordato atto del 21.3.2009. Per poi osservare come, già al momento dell'aggiudicazione del servizio relativo al Ser.T, a dicembre del 2009, la Cooperativa fosse oramai priva del requisito di capacità generale consistente

nell'assenza di precedenti gravi inadempimenti contrattuali con l'ente che bandisce la (nuova) gara, il che impediva non solo l'aggiudicazione ma anche la stipulazione del contratto.

3.2. Si è costituita in entrambi gli appelli la Cooperativa Senza Frontiere s.c.s., resistendo con articolata memoria.

3.3. Nelle camere di consiglio del 17.2.2012 e del 15.6.2012 sono state accolte le istanze cautelari avanzate nei rispettivi appelli, sospendendo l'esecutività delle sentenze impugnate.

3.4. All'udienza pubblica dell'11.1.2013, in vista della quale le difese hanno depositato ulteriori memorie, gli appelli sono passati in decisione.

4. Osserva il Collegio in via del tutto preliminare come gli appelli, proposti avverso sentenze formalmente distinte ma rese nell'ambito dello stesso giudizio di primo grado, siano tra loro strettamente connessi, sia soggettivamente che oggettivamente, poiché unica è la vicenda in contestazione, concernente l'annullamento in autotutela di tre servizi aggiudicati nel corso del biennio 2009-2010 e, una volta risolti i relativi contratti di appalto, l'indizione di nuove procedure di gara per il loro rinnovo. E' utile quindi la riunione dei ricorsi ai fini di una trattazione congiunta.

5. Ciò posto, nel merito della vicenda si deve ricordare come il Tar abbia accolto l'impugnazione avverso l'atto di autotutela per una duplice ragione.

5.1. La prima ragione è che, sebbene l'annullamento in autotutela avesse ad oggetto tre distinte deliberazioni corrispondenti ad altrettante aggiudicazioni di servizi, la comunicazione di avvio del procedimento aveva riguardato le sole aggiudicazioni disposte nel 2010 relativamente al servizio di mediazione culturale presso i centri ISI e i Servizi del dipartimento materno infantile, servizio in seguito esteso a quello di "accompagnamento alla nascita". Mentre nella comunicazione non si faceva menzione della terza aggiudicazione risalente al 2009 ed avente ad oggetto il servizio

presso il Ser.T.

Con la precisazione che tale omessa comunicazione, a giudizio del Tar, ha avuto il suo peso non solo sul piano procedimentale ma anche su quello sostanziale.

5.2. Il Giudice di primo grado ha dato per presupposto, infatti, che l'annullamento in autotutela fosse stato disposto dall'amministrazione per avere la Cooperativa senza frontiere omesso di dichiarare la sussistenza di una grave negligenza commessa nell'esecuzione di un precedente rapporto contrattuale tra le stesse parti (quello sorto nel 2007 e conclusosi con la ricordata risoluzione del 27.3.2009) e che quindi l'annullamento in autotutela si basasse unicamente sull'addebito di avere omesso una circostanza rilevante, così attestando falsamente di possedere il requisito di cui all'art. 38 co. 1 lett. f) del Codice dei contratti quando invece tale requisito era venuto meno. Dopo aver ciò premesso, il Giudice di primo grado ha rilevato come quell'omissione non possa essere riferita in alcun modo ad una gara, quella del 2009, che si era svolta in epoca antecedente.

5.3. Questo Collegio reputa, tuttavia, che tale presupposto non sia del tutto esatto.

5.4. Se è vero infatti che nella comunicazione di avvio del procedimento la contestazione mossa alla Cooperativa era apparentemente solo quella di avere reso false dichiarazioni in merito al possesso del requisito di cui all'art. 38 lett. f) del d.lgs. 163/2006, nel provvedimento definitivo il Commissario dell'Asl ha reso esplicito quello che nel primo atto era peraltro già implicito, ovvero l'oggettivo venir meno del requisito di cui al citato art. 38 lett. f), nel momento in cui, a marzo del 2009, la medesima amministrazione aggiudicatrice aveva valutato l'esistenza gravi negligenze commesse dalla Cooperativa nell'esecuzione di un precedente contratto tra le stesse parti e quindi, al fondo, la perdita del rapporto fiduciario.

5.5. Si vuole quindi sottolineare come l'annullamento in autotutela sia stato

motivato, oltre che in ragione delle supposte false dichiarazioni rese (nel corso del 2010) sul possesso del requisito di partecipazione (perduto nel 2009), ma anche sulla riscontrata assenza del medesimo requisito, vale a dire su un vizio sostanziale oggettivamente più rilevante, come causa ostativa, del vizio formale costituito dalla dichiarazione non veritiera (la dichiarazione non è veritiera proprio perchè oggettivamente il requisito manca). Il che si riflette anche sull'esame della comunicazione di avvio del procedimento, nel senso che la contestazione delle false dichiarazioni sottintendeva inequivocabilmente che il requisito fosse appunto mancante o comunque fosse stato perduto.

5.6. Una volta chiarito tale aspetto, va ricordato come il possesso dei requisiti di capacità generale di cui all'art. 38 debba essere assicurato non solo all'atto di presentazione della domanda ma per tutta la procedura di gara ed anche, successivamente all'aggiudicazione, per tutta la durata dell'appalto (v., per tutte, Cons. St., IV, n. 6539/2012), al punto da ritenere che l'impresa debba comunicare all'amministrazione appaltante ogni variazione rilevante al riguardo.

Tutto questo legittima, ed anzi obbliga, la stessa amministrazione appaltante ad un controllo periodico sul possesso dei requisiti in capo alle imprese con le quali contratta, da cui consegue, in linea generale (fatti salvi i limiti di cui all'art. 21 nonies l. 241/1990), il potere di intervenire in autotutela, ove l'esito di tale controllo sia negativo.

5.7. Ed è quanto è avvenuto nel caso di specie, dove l'Asl TO 1, preso atto della sopravvenuta (accertata) carenza del requisito di cui all'art. 38 lett. f), è intervenuta in autotutela per annullare le aggiudicazioni a suo tempo disposte in favore della Cooperativa.

5.8. In questa prospettiva, il profilo della contestata falsità delle dichiarazioni rese perde quindi di rilevanza, mentre diventa essenziale il duplice accertamento sul requisito del non avere commesso gravi

negligenze e, in sequenza, sul rispetto dei limiti connaturati al potere di autotutela, al lume ovviamente dell'art. 21 nonies l. 241/1990.

5.8. Ciò posto, l'affidamento invocato dalla Cooperativa – a motivo del tempo trascorso, tra le aggiudicazioni ed il loro annullamento d'ufficio, e del fatto che la medesima Asl avesse ammesso la Cooperativa a partecipare ad una serie di procedure – deve essere bilanciato con le ragioni di interesse pubblico risultanti dal complesso degli atti di causa e, prima ancora, poste a fondamento della risoluzione del contratto a marzo del 2009.

5.9. Risoluzione dettata da gravi e ripetute inadempienze contrattuali, emerse a seguito di accertamenti compiuti all'epoca da una Commissione di lavoro istituita dall'amministrazione e dal Nucleo Antisofisticazione e Sanità dei Carabinieri, consistite, tra l'altro: nello smarrimento dei “registri firma” circa le presenze degli operatori della Cooperativa; nella erronea registrazione degli utenti; nel loro accompagnamento ad opera di personale italiano anziché di madrelingua; nella presa in carico da parte delle strutture sanitarie di pazienti a seguito della diretta indicazione dei soli operatori e non anche del personale medico.

5.10. Si è trattato di una pluralità di inadempimenti, che l'Asl ha reputato gravi e tali da minare irrimediabilmente il rapporto di fiducia con l'appaltatore, avverso i quali, nell'immediatezza dei fatti, la Cooperativa non mosse alcuna contestazione. Solo a distanza di due anni e solamente a seguito dell'avvio del procedimento di annullamento d'ufficio delle successive aggiudicazioni, la Cooperativa ha agito in giudizio, dinanzi al Tribunale civile, presentando un ricorso ex art. 700 c.p.c.; ricorso peraltro respinto in punto di *fumus boni iuris* sul rilievo – si legge nell'ordinanza del 31.8.2011 depositata in atti - che sussistano “sufficienti elementi per ritenere conforme a diritto la risoluzione del contratto del 2007 operata dall'Amministrazione nel 2009”.

6. Qualora poi si volesse enfatizzare la natura non definitiva ma sommaria

del giudizio cautelare, sarebbe sufficiente richiamare il precedente assai recente di questa Sezione, che ha riguardato sempre le stesse parti, nel quale si è ricordato come, ai fini dell'applicazione dell'art. 38 lett. f), non sia necessario un definitivo accertamento, in sede amministrativa o giurisdizionale, della responsabilità del contraente per l'inadempimento riguardante il precedente rapporto contrattuale, essendo sufficiente la valutazione fatta dalla stessa amministrazione sulla rilevanza della precedente risoluzione per inadempimento contrattuale, determinata da grave negligenza (o malafede) nell'esercizio delle prestazioni affidate (v. sent. n. 149/2013).

6.1. Tanto più che ad aprile del 2012 la Cooperativa senza frontiere è stata destinataria di una nuova comunicazione di risoluzione di un altro appalto, ai sensi dell'art. 1456 c.c., sempre per contestati inadempimenti nell'esecuzione del servizio di mediazione culturale. Il che conferma, una volta ancora, la progressiva perdita di fiducia che sembra allo stato pregiudicare qualunque rapporto tra la Cooperativa e l'Asl.

6.2. La gravità e la frequenza degli inadempimenti vale anche a depotenziare il dedotto vizio procedimentale commesso dall'amministrazione, relativo alla mancata menzione nella comunicazione dell'avvio del procedimento dell'aggiudicazione del 2009. Ciò sul rilievo che nel presente giudizio è stato sufficientemente dimostrato dall'amministrazione che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso (art. 21 octies co. 2 l. 241/1990).

6.3. A fronte di tali inadempimenti, valutati gravi e seri anche in sede giurisdizionale (con la precisazione che l'archiviazione, motivata per la mancanza dell'elemento soggettivo del reato, del procedimento penale avviato a suo tempo nei confronti del legale rappresentante della Cooperativa per il delitto di cui all'art. 640 bis c.p., costituisce in dato "neutro" che non muta la rilevanza della vicenda sul piano civile ed

amministrativo), l'affidamento invocato dell'odierna appellata è destinato a recedere, tanto più che la prima ad essere consapevole di tali condotte pregresse, e quindi dell'esistenza di una causa ostativa alla prosecuzione dei rapporti contrattuali, doveva essere per definizione la stessa Cooperativa. Né potrebbe beneficiare delle disattenzioni e dei ritardi imputabili all'Asl che, in occasione di nuove gare successive alla risoluzione del 2009, non aveva prontamente contestato alla Cooperativa l'assenza del requisito di cui all'art. 38 lett. f) e l'aveva ammessa invece a partecipare alle procedure.

6.4. In conclusione, accertato che le aggiudicazioni in questione erano illegittime perché l'aggiudicatario mancava di uno dei requisiti di cui all'art. 38 lett. f), l'annullamento disposto d'ufficio dall'Asl si dimostra legittimo perché giustificato da solide ragioni di interesse pubblico e perché sono stati rispettati i limiti di cui all'art. 21 nonies l. 241/1990.

6.5. Il che comporta l'accoglimento del primo appello, integrato dai motivi aggiunti, proposto avverso la sentenza parziale del Tar n. 496/2012 e, per l'effetto, la reiezione dell'originaria domanda di annullamento della impugnata delibera 21.10.2011.

7. Una volta accertata la legittimità dell'annullamento d'ufficio delle tre aggiudicazioni, viene meno poi il solo presupposto in forza del quale il Tar, con la sentenza definitiva n. 980/2012, ha annullato, per illegittimità derivata (v. a p. 6), anche i successivi atti di gara adottati dall'Asl torinese, compreso l'affidamento del servizio di mediazione culturale in favore dei nuovi operatori.

7.1. Ne consegue pertanto l'accoglimento anche del secondo appello qui proposto e, per l'effetto finale, la reiezione integrale di tutte le domande, di annullamento e di risarcimento per equivalente, avanzate dalla Cooperativa sociale nell'originario giudizio ed accolte dal Tar.

8. Le spese del doppio grado di giudizio seguono il principio della soccombenza e sono liquidate con il dispositivo, tenendosi conto a tal fine

che si tratta di due giudizi e di due gradi per giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, li accoglie entrambi e, per l'effetto, in riforma delle impugnate sentenze del Tar, respinge integralmente il ricorso e i motivi aggiunti proposti in primo grado.

Condanna la Cooperativa Senza Frontiere s.c.s. al pagamento delle spese processuali in favore dell'Asl To 1 liquidate nell'importo complessivo di euro 12.000,00 (dodicimila/00) 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 11 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2013

IL SEGRETARIO

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