

Publicato il 18/11/2019

N. 13237/2019 REG.PROV.COLL.
N. 07939/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7939 del 2019, proposto da Splendid Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Gaetano Caputi e Carlo Rizzo e con gli stessi elettivamente domiciliata presso lo studio del primo sito in Roma, alla Salita del Grillo n. 10;

contro

Azienda Sanitaria Locale- A.S.L. - Viterbo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresenta e difesa dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Alicenova Società Cooperativa, in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Il Cerchio - Il Pungiglione - Gea, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato

Francesco Scalia presso il cui studio in Roma, Via Domenico Chelini, 5 è elettivamente domiciliata;

per l'annullamento

- della Deliberazione del Direttore Generale dell'ASL Viterbo n. 876 adottata in data 20.05.2019, notificata alla Società ricorrente in data 24.05.2019, avente ad oggetto "Aggiudicazione definitiva della procedura di gara aperta telematica, in ambito comunitario, a 5 lotti, per l'affidamento del servizio relativo a "Interventi riabilitativi e socio-riabilitativi" per la durata di anni 1 oltre la facoltà di ripetizione, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione del lotto 4 a favore del R.T.I. Alicenova/Il Cerchio/Il Pungiglione/Gea;

- dei verbali di gara e, in particolare, del verbale n. 5 del 18 gennaio 2019, con cui la Commissione ha dato atto della percentuale di sconto pari al 9,80%, praticata dal R.T.I. Alicenova/Il Cerchio/Il Pungiglione/Gea, anziché del ribasso pari al 9,87%, risultante sulla piattaforma di gara Net4market;

- di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per la condanna della resistente al risarcimento dei danni ex art. 124 c.p.a.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ASL Viterbo e di Alicenova Società Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 ottobre 2019 la dott.ssa Emanuela Traina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il mezzo di tutela all'esame la ricorrente impugna gli esiti della procedura aperta bandita dall'ASL Viterbo, svolta in forma telematica, finalizzata all'affidamento del servizio relativo agli "Interventi riabilitativi e socio-riabilitativi", con riferimento al lotto n. 4, avente ad oggetto "Disabile Adulto "Preso in carico riabilitativa globale disabilità intellettiva, psicomotoria e sensoriale, disabilità con comorbilità psichiatrica spettro autistico", aggiudicato al costituendo raggruppamento di imprese controinteressato.

1.1. Deduce che l'offerta da quest'ultimo presentata avrebbe dovuto essere esclusa e che pertanto la disposta aggiudicazione in favore della stessa sarebbe inficiata dai seguenti vizi di legittimità:

1. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 97 Cost. nonché degli articoli 80 e 83 del d.lgs. 50/2016, 1, e 3 della legge 241/1990 – violazione e falsa applicazione della lex specialis, con particolare riferimento a quanto previsto all'articolo 12, comma 9, del Disciplinare di gara – difetto e carenza di motivazione – violazione dei principi del giusto procedimento, trasparenza, imparzialità e pubblicità dell'azione amministrativa, economicità, efficacia, proporzionalità, correttezza dell'azione amministrativa, affidamento, buona fede e correttezza; sviamento di potere, erroneità del presupposto, erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria, illogicità e irragionevolezza della motivazione, ingiustizia manifesta, contraddizione, tra provvedimenti successivamente adottati.

L'offerta economica presentata dal RTI aggiudicatario contenuta all'interno della busta economica presenta un ribasso pari al 9,80%, non corrispondente alla percentuale di sconto del 9,87%, caricata sulla piattaforma di gara telematica Net4market, in evidente elusione del disposto della *lex specialis* di gara, la quale prevedeva, all'articolo 9, che *“La percentuale unica di ribasso inserita in piattaforma nel rispetto delle modalità di cui al punto 1) del presente articolo dovrà necessariamente corrispondere con l'importo percentuale dichiarato all'interno della documentazione di Dettaglio di offerta economica”*.

Inoltre, la percentuale di ribasso applicata dall'aggiudicataria alle “singole intensità” del servizio, come si evince dal dettaglio dell'offerta economica, è pari al 10,72%, mentre per quanto riguarda l'intensità altissima il ribasso percentuale è del 3,28%. Pertanto, la percentuale totale di ribasso è data dalla media aritmetica delle varie intensità, ma, qualora la Stazione appaltante, in sede di esecuzione del contratto, dovesse modificare il quadro delineato grazie al dato storico ed aumentare il numero di interventi per le intensità altissime, il ribasso medio dell'aggiudicataria cambierebbe e non sarebbe allineato ad una percentuale unica sul valore complessivo posto a base d'asta, in violazione dell'art. 12, comma 9 della *lex specialis*.

La dichiarazione di dettaglio di offerta economica è stata peraltro sottoscritta da un soggetto non munito dei poteri necessari a impegnare efficacemente l'offerente, per quanto riguarda la società cooperativa Il Cerchio, oltre a non essere stata sottoscritta a margine di ogni foglio per sigla, come prescritto dal Disciplinare di gara.

2. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 97 Cost. e degli artt. 80 e 83 del d.lgs. 50/2016, nonché 1, e 3 della legge n. 241/1990 – violazione e falsa applicazione della lex specialis, con particolare riferimento a quanto previsto

all'articolo 7, comma 3, del Disciplinare di gara – difetto e carenza di motivazione – violazione dei principi del giusto procedimento, trasparenza, imparzialità e pubblicità dell'azione amministrativa, economicità, efficacia, proporzionalità, correttezza dell'azione amministrativa, affidamento, buona fede e correttezza; sviamento di potere, erroneità del presupposto, erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria illogicità e irragionevolezza della motivazione, ingiustizia manifesta, contraddizione, tra provvedimenti successivamente adottati.

L'aggiudicataria non ha rispettato la prescrizione di legge di cui all'articolo 83, comma 8, del codice dei contratti poiché dall'offerta emerge che la mandante Il Cerchio, che possiede i requisiti di partecipazione in misura maggioritaria, svolgerà oltre il 55% del servizio.

3. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 97 Coste degli artt. 80 e 83 del d.lgs. 50/2016, nonché 1, e 3 della legge n. 241/1990 – violazione e falsa applicazione della lex specialis, con particolare riferimento a quanto previsto all'articolo 7, comma 3, del Disciplinare di gara – difetto e carenza di motivazione – violazione dei principi del giusto procedimento, trasparenza, imparzialità e pubblicità dell'azione amministrativa, economicità, efficacia, proporzionalità, correttezza dell'azione amministrativa, affidamento, buona fede e correttezza; sviamento di potere, erroneità del presupposto, erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria illogicità e irragionevolezza della motivazione, ingiustizia manifesta, contraddizione, tra provvedimenti successivamente adottati sotto altro profilo.

L'aggiudicataria non ha inoltre rispettato le prescrizioni della *lex specialis* di gara, laddove all'articolo 12, rubricato “Modalità di presentazione delle Offerte”, comma 7, prevedeva espressamente che “La dichiarazione sostitutiva e/o il DGUE dovranno essere sottoscritti dal legale rappresentante o dal soggetto comunque

abilitato ad impegnare il Concorrente. In caso di sottoscrizione ad opera di soggetto diverso dal legale rappresentante, dovrà essere inserita nella Documentazione Amministrativa anche copia del titolo abilitativo” atteso che la dichiarazione del Cerchio Società Cooperativa Consortile Sociale, mandante del costituendo RTI e, come anzi detto, titolare dei requisiti in misura maggioritaria, non è stata sottoscritta dal rappresentante legale dell’impresa bensì dall’Amministratore Delegato i cui poteri riguardano contratti non eccedenti il valore di euro 50.000,00 (cinquantamila) per singola operazione.

Infine nella medesima dichiarazione sostitutiva della mandante del RTI aggiudicatario, il Cerchio Società Cooperativa Consortile Sociale, non viene data evidenza, ai fini di cui all’art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, che, nell’anno antecedente la data di pubblicazione della gara vi è stata la cessazione dalla carica di Amministratore Delegato.

2. Si sono costituite in giudizio sia il RTI aggiudicatario che la stazione appaltante i quali, con articolate difese, hanno chiesto il rigetto del gravame.

3. Con ordinanza cautelare n. 4837/2019, resa all’esito dell’udienza del 9 luglio 2019, è stata disposta la sospensione dell’efficacia dei provvedimenti impugnati e fissata per la discussione l’udienza del 15 ottobre 2019.

4. In vista di quest’ultima le parti hanno depositato memorie difensive e relative repliche, con le quali hanno approfondito le rispettive posizioni. L’Azienda resistente ha anche eccepito la tardività dell’impugnazione in quanto, dovendosi applicare alla procedura de qua l’art. 120 comma 2 *bis* del c.p.a., vigente *ratione*

temporis, l'impugnazione del provvedimento di ammissione alla procedura della ATI aggiudicataria doveva essere proposta entro trenta giorni a decorrere dal 26 novembre 2018, data di pubblicazione del verbale n. 1 ai sensi dell'art. 29, comma 1 del d.lgs. 50/2016.

5. All'udienza indicata il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. Va preliminarmente disattesa l'eccezione di tardività dell'impugnazione spiegata dall'Azienda resistente.

A prescindere dalla questione inerente l'applicabilità al caso di specie dell'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., come noto abrogato dall'articolo 1, comma 22, lettera a), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55, la stazione appaltante non ha, infatti, fornito prova della pubblicazione del verbale recante le ammissioni ed esclusioni dalla procedura ai sensi dell'art. 29 d.lgs. 50/2016 nella data affermata, essendo a tal fine del tutto inidoneo il "doc. 4" dalla stessa versato in atti, il quale consta in una mera e-mail nella quale peraltro si dà atto della impossibilità di risalire al "*tiket in oggetto*".

7. Il Collegio, confermando le motivazioni spese a supporto dell'ordinanza cautelare, reputa fondato ed assorbente il II motivo di ricorso.

7.1. In primo luogo va evidenziato che è pacifico che la mandataria Alicenova abbia dichiarato di possedere un fatturato specifico nel triennio di riferimento pari ad euro 2.040.065,76 e di occuparsi, in caso di aggiudicazione, "del coordinamento e della gestione operativa del servizio per una quota del 22,7%" mentre la mandante Il Cerchio, invece, ha dichiarato di aver realizzato, nel triennio di riferimento, un fatturato specifico pari ad euro 3.822.833,08 e di

occuparsi, in caso di aggiudicazione, “della gestione operativa del servizio” per una quota pari al 55,1%,

7.2. Occorre, inoltre, considerare il dato normativo.

7.2.1 L’art. 83 comma 8 del d.lgs. 50/2016 afferma che: *Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell’invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all’impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.”*

7.2.2. La disposizione in argomento non è, peraltro, innovativa in quanto già presente nel comma 2 dell’art. 275 del DPR 5 ottobre 2010, n. 207 (costituente il regolamento di esecuzione di esecuzione ed attuazione del previgente codice dei contratti, d.lgs. 163/2006), nell’ambito della parte IV, inerente gli appalti di servizi e forniture.

7.2.3 Secondo quanto affermato dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. III, 16 aprile 2018, n. 2257) la disposizione in esame “*nel richiedere che la mandataria debba possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, fa riferimento alla fase di esecuzione delle prestazioni da parte della capogruppo, e ciò per evitare che essa possa assumere, all’interno del raggruppamento, una posizione secondaria, che si rifletterebbe poi nell’esecuzione della prestazione; la norma ha, dunque, l’evidente scopo di garantire che l’impresa capogruppo sia il soggetto più qualificato e sia affidataria della parte preponderante dell’appalto.”*

7.3. Le parti resistenti sul punto hanno eccepito che:

- negli appalti di servizi non sussisterebbe alcun obbligo di corrispondenza tra quote di esecuzione e percentuali di qualificazione;
- l'art. 83 del codice degli appalti rimetterebbe alla stazione appaltante la precisa indicazione dell'entità delle prestazioni richieste alla capogruppo, e nel caso di specie l'art. 7, par. 2, punto 3, del disciplinare di gara – comunque non impugnato dalla ricorrente - avrebbe prescritto in capo alla mandataria solo il possesso in misura maggioritaria del requisito dell'adeguata capacità economica e finanziaria (come avvenuto anche in altri lotti in alcuni dei quali la mandante svolgerebbe addirittura il 90% del servizio), così che non sarebbe necessario che la stessa esegua la parte preponderante del servizio, né potrebbe darsi luogo a eterointegrazione del bando;
- in ogni caso Alicenova svolgerebbe le prestazioni in misura maggioritaria (22%) posto che il mandante “Il Cerchio”, essendo un Consorzio, avrebbe dichiarato di concorrere per quattro cooperative consorziate tra le quali di ripartisce paritariamente la percentuale di esecuzione dell'appalto del 55,1% così che nessuna di esse eseguirebbe prestazioni in misura superiore alla capogruppo;
- nella specie si sarebbe, infine, in presenza di un'ATI sovrabbondante, essendo ogni impresa qualificata per l'esecuzione dell'appalto;

7.4. Le eccezioni così riassunte non possono essere condivise.

Va in primo luogo evidenziato che la previsione di cui all'art. 83 comma 8 del d.lgs. 50/2016 ha natura imperativa ed inderogabile, sia per il tenore letterale utilizzato (“*la mandataria deve in ogni caso*”) sia in quanto espressiva della esigenza di “*garantire che l'impresa capogruppo sia*

il soggetto più qualificato e sia affidataria della parte preponderante dell'appalto" (TAR Napoli, sez. VIII, 8 aprile 2019 n. 1929; sez. III, 26 febbraio 2018, n. 1263, confermata da Consiglio di Stato, Sezione V, 2 agosto 2018, n. 4788).

Nel caso di specie il disciplinare di gara, all'art. 7 dispone effettivamente solo che *"In caso di raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di Operatori Economici, di cui rispettivamente all'art. 45, comma 2°, lett. d) ed e), del Codice, il requisito di cui al presente comma dovrà essere posseduto dal raggruppamento o dal consorzio nel suo complesso, fermo restando che l'Operatore mandatario dovrà possedere i predetti requisiti in misura maggioritaria in senso relativo."*

Ciò non può, tuttavia, comportare la sostanziale disapplicazione della riportata prescrizione dell'art. 83 comma 8 d.lgs. 50/2016, ritenendo la Sezione che nel caso di specie trovi applicazione il principio della eterointegrazione dovendosi considerare la disposizione in parola quale una *"norma imperativa recante una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme o inesistente o lacunosa"* (TAR Lazio sez. I 29 luglio 2019 n. 10064) così presentando le caratteristiche che, secondo la giurisprudenza, devono ricorrere affinché la norma operi anche in assenza di uno specifico richiamo della *lex specialis*.

A ritenere diversamente, l'operatività di un principio di carattere generale, peraltro finalizzato a garantire che le prestazioni contrattuali vengano eseguite prevalentemente da operatori di sicura qualificazione, sarebbe rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, conclusione che il chiaro tenore della norma non consente.

Occorre, inoltre e per altro, verso evidenziare che la *res controversa* nulla ha a che vedere con la diversa questione della corrispondenza tra quote di esecuzione e percentuali di qualificazione, non interessata dal caso all'esame, così che i principi alla stessa attinenti non spiegano in esso alcuna rilevanza.

7.5. Come sopra esposto, dagli atti, in particolare dalle dichiarazioni rese dalla mandataria e dalla mandante e prodotte in giudizio risulta nel RTI aggiudicatario l'esecuzione del servizio è così ripartita:

- Aliocenova, mandataria, svolge il 22,7 %;
- Il Cerchio Soc. Consortile Sociale svolge 55,1%;
- Gea Coop. Sociale Onlus svolge il 6,8%;
- Il pungiglione Coop. Sociale svolge il 15,4%.

Con riferimento alla capacità economica e finanziaria, Aliocenova ha rappresentato di avere un fatturato globale pari per l'anno 2015 a 3.061.008,00, per l'anno 2016 a € 3.642.673,00 e per l'anno 2017 pari a € 5.646.086,0 mentre il costituendo RTI nel suo complesso ha un fatturato globale di € 9.684.753,00 per il 2015, € 11.623.022,00 per il 2016 ed € 14.013.823,00 per il 2017.

Con riguardo, invece, alla capacità tecnica e professionale la mandataria ha dichiarato di avere eseguito prestazioni contrattuali nel periodo di riferimento per l'importo complessivo di € 2.040.065,76.

L'analoga dichiarazione resa dalla mandante Il Cerchio evidenzia, oltre al già riferito svolgimento maggioritario dell'attività oggetto di affidamento, anche un fatturato globale di € 3.312.635 per il 2015, € 3.825.80,00 per il 2016, ed € 3.706.206,00 per il 2017 ed un fatturato specifico di € 3.822.833,08 nel triennio antecedente.

Ne consegue che nel RTI aggiudicatario la mandataria svolge le prestazioni e possiede i requisiti – nella specie quello di capacità

tecnica – in misura maggioritaria, in violazione del disposto di cui all'art. 83 comma 8 d.lgs. 50/2016.

7.6. In proposito ritiene il Collegio che alcuna rilevanza possa spiegare il documento prodotto dalla controinteressata, denominato “Contratto interno n. 1/2019 per la ripartizione delle quote tra gli esecutori di Il Cerchio”, sia in quanto lo stesso non risulta prodotto in sede di partecipazione alla gara sia in quanto il Consorzio ha partecipato all'ATI costituenda con la mandataria Alicenova e le mandanti Il Pungiglione e Gea quale un unico soggetto/centro di imputazione di rapporti giuridici, così che non assume rilevanza alcuna nei confronti della stazione appaltante e del rispetto della normativa citata la eventuale ulteriore ripartizione interna del servizio tra i consorziati.

7.7. Quanto, infine, al rilievo secondo il quale il RTI aggiudicatario risulterebbe “sovrabbondante” cioè costituito da soggetti ciascuno dei quali possiede di per sé i requisiti per la partecipazione alla procedura, reputa la Sezione che tale circostanza potrebbe, al più, attenuare l'obbligo di qualificazione in misura maggioritaria ma non anche quello di svolgimento delle prestazioni da parte della mandataria capogruppo non potendo quest'ultima avere, come affermato dalla giurisprudenza sopra citata, un ruolo secondario nell'esecuzione del contratto.

7.8. Pertanto, non potendosi neppure ammettere una modificazione del RTI nel corso della procedura di affidamento, stante l'espresso divieto sancito dall'art. 48 comma 9 del d.lgs. 50/2016, ne deriva che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere dalla procedura di affidamento il raggruppamento odierno controinteressato in quanto costituito in violazione dell'art. 83 comma 8 dello stesso decreto.

8. In conclusione, assorbiti gli altri motivi di gravame, il ricorso è fondato sotto il rilevato dirimente profilo e deve pertanto essere accolto con riferimento alla domanda annullatoria ivi spiegata.

9. Non può, invece, darsi luogo all'accoglimento della domanda risarcitoria – peraltro solo genericamente formulata dalla ricorrente – poiché dal disposto annullamento consegue l'aggiudicazione del lotto in contestazione in capo alla ricorrente, classificatasi seconda nella graduatoria finale, così che neppure risulta configurabile alcun danno.

10. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura di cui in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini indicati in motivazione e per l'effetto annulla la Deliberazione del Direttore Generale dell'ASL Viterbo n. 876 del 20.05.2019 nella parte in cui ha disposto l'Aggiudicazione definitiva del lotto n. 4 della procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio relativo a “Interventi riabilitativi e socio-riabilitativi” per la durata di anni 1 oltre la facoltà di ripetizione” a favore del R.T.I. Alicenova/Il Cerchio/Il Pungiglione/Gea.

Respinge la domanda di risarcimento dei danni.

Condanna l'Azienda Sanitaria resistente al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese del giudizio che liquida nella somma di € 4.000,00 (quattromila) oltre accessori di legge ed oltre al rimborso del contributo unificato, se versato; condanna, altresì, la parte controinteressata al pagamento delle spese del giudizio in favore

della ricorrente che liquida nella somma di € 4.000,00 (quattromila) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Massimo Santini, Consigliere

Emanuela Traina, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Emanuela Traina

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO