

N. 01735/2015REG.PROV.COLL.

N. 10765/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10765 del 2014, proposto da:
Isola Verde Soc. Coop. Sociale Onlus con sede in Iglesias, rappresentata e difesa
dall'avv. Benedetto Ballero, con domicilio eletto presso la signora Antonia De
Angelis in Roma, Via Portuense 104;

contro

Comune di Capoterra (CA), rappresentato e difeso dall'avv. Mauro Barberio, con
domicilio eletto presso il Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

nei confronti di

ADEST Cooperativa Sociale Onlus, con sede in Santadi, in proprio e quale
mandataria del R.T.I. con ASGESA La Nuova Cooperativa Sociale, con sede in
Sarroch, rappresentate e difese dall'avv. Gianfranco Trullu, con domicilio eletto
presso l'avv. Francesco Asciano in Roma, Via Giunio Bazzoni 1;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA – CAGLIARI - SEZIONE I n. 01008/2014, resa tra le parti, concernente aggiudicazione appalto relativo ai servizi socio assistenziali a favore della popolazione anziana - ris. danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Capoterra, di ADEST Cooperativa Sociale Onlus e di ASGESA La Nuova Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 1344/2015;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 marzo 2015 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Uras su delega dell'avv. Ballero, Barberio e Asciano su delega dell'avv. Trullu;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna – Cagliari – Sezione I, con sentenza n. 1008 del 19 novembre 2014 depositata il 26 novembre 2014, ha respinto, con compensazione delle spese, il ricorso proposto dalla società Cooperativa sociale onlus Isola Verde (di seguito, Isola Verde), con sede in Iglesias, avverso le determinazioni del Comune di Capoterra (CA) nn. 548 del 14 luglio 2014 e 233 del 27 marzo 2014, con le quali venivano disposte rispettivamente l'aggiudicazione definitiva e provvisoria alla A.T.I. – ADEST Cooperativa sociale onlus di Santadi e AS.GE.SA. La nuova Cooperativa sociale di Sarroch (di seguito, ASGESA) dell'appalto per la gestione dei servizi socio-assistenziali a favore degli anziani di cui al bando indetto con determinazione n. 849 del 25 gennaio 2013, con base d'asta di circa € 1.300.000 annuo per tre anni rinnovabili.

Il T.A.R. ha ritenuto determinati, congrui e specifici il contratto e la dichiarazione di avvalimento resa dall'ausiliaria ASGESA; quindi legittima la produzione di due referenze bancarie da parte di quest'ultima, in quanto ricomprese nell'avvalimento dei requisiti economici – finanziari, nonché le dichiarazioni formulate sia dalla rappresentante legale della ADEST ex art. 38, c. 1, lett. m ter, del D.Lgs. n. 163/2006 per la vice presidente e consigliere delegato sia della vicepresidente della ASGESA come integrata su richiesta della stazione appaltante e comunque già formulata in sede di domanda di partecipazione (cfr. Ad. Plen. n. 16/2014); ha riconosciuto infine simile a quello oggetto dell'appalto e in sintonia con il bando (“servizi uguali o analoghi”) il servizio svolto dalla ASGESA presso un centro diurno di altro Comune per disabili compresi gli anziani oltre all’ “assistenza domiciliare” effettuata presso più Comuni.

2. Isola Verde, con atto notificato il 24 dicembre 2014 e depositato il 31 dicembre 2014, ha interposto appello riproducendo diffusamente i motivi del primo grado.

In particolare ribadisce l'indeterminatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento, la illegittimità del soccorso istruttorio posto in essere dal Comune che ha consentito alla ASGESA l'integrazione della dichiarazione ex citato art. 38; la incompletezza delle dichiarazioni formulate dall'ADEST; la mancata produzione in gara delle referenze bancarie della ASGESA e il mancato avvalimento al riguardo riferito invece al fatturato; la non corrispondenza dei servizi svolti nel triennio a quelli prescritti nel bando.

Chiede quindi la riforma della sentenza impugnata, l'annullamento degli atti impugnati, il subentro nel contratto, il risarcimento del danno per equivalente.

Con memoria depositata il 24 febbraio 2015 ripropone sinteticamente i motivi dell'appello, sottolineando ancora l'indeterminatezza dell'oggetto dell'avvalimento e, altresì, la mancanza della causa (artt. 1325-1418 c.c.), con conseguente nullità del contratto.

3. La ATI- ADEST /ASGESA si è costituita con atto depositato il 27 gennaio 2015 e con memorie depositate il 24 e 28 febbraio 2015 ha replicato con diffuse argomentazioni a sostegno della legittimità della sentenza impugnata e dell'operato dell'Amministrazione.

Eccepisce l'inammissibilità della eccepita nullità del contratto di avvalimento per mancanza dell'elemento causale, in quanto non sollevata in primo grado e comunque infondata nel merito essendo l'oggetto ben determinato, e deduce l'assenza nel bando di prescrizioni tassative e specifiche in tema di dichiarazioni ex art. 38 legittimando così quelle di carattere generale comunque formulate, la sufficienza della dichiarazione della ASGESA integrata per scrupolo dal Comune, la presenza in atti delle referenze bancarie.

4. Il Comune di Capoterra si è costituito con atto depositato l'11 febbraio e con memoria depositata il 27 febbraio 2015 ha puntualmente contraddetto ai motivi dell'appello.

Sottolinea in particolare che l'aggiudicataria ha compilato i modelli allegati al bando in tema di avvalimento e di dichiarazioni personali; il contestato soccorso istruttorio ha avuto il fine esclusivo di conferma espressa di precedente dichiarazione, richiamando a tal fine le Ad. Plen. nn. 16/2014 e 21/2012.

5. La causa, all'udienza pubblica del 12 marzo 2015, è stata trattenuta in decisione.

6. L'appello è infondato e la sentenza impugnata merita conferma, posto che le argomentazioni già svolte dal T.A.R. si appalesano invero, ad avviso della Sezione, puntuali ed esaurienti in ordine alle singole censure dedotte dalla società ricorrente. In effetti, a ben leggere gli atti, risulta che l'A.T.I. aggiudicataria ha riempito correttamente i moduli allegati al bando, ha prodotto le prescritte dichiarazioni in tema di capacità economico-finanziaria, avvalimento, referenze bancarie, ex art. 38 Codice Appalti a carico degli amministratori, e di analoghi servizi svolti.

In tema di avvalimento, come emerge dalla giurisprudenza amministrativa, occorre valutare caso per caso e in particolare quando l'appalto abbia ad oggetto servizi e forniture come nella fattispecie, e si evidenzia che l'oggetto del contratto di avvalimento e la relativa dichiarazione dell'ausiliaria AS.GE.SA, con l'indicazione del fatturato e la produzione delle necessarie referenze, non risultano affatto di contenuto indeterminato bensì, come sottolineato dal T.A.R., congruo e specifico sul piano dei requisiti tecnico-professionale ed economico-finanziaria, e le stesse referenze bancarie si appalesano comunque idonee ed erano ricomprese nell'avvalimento, non rilevando in ogni caso, a prescindere dall'ammissibilità, la dedotta mancanza delle referenze di ADEST e la asserita carenza dell'elemento causale, proposta in secondo grado e comunque infondata.

Si richiamano al riguardo le sentenze della Corte di Giustizia dell'U.E. n. 605/2012 depositata il 16 ottobre 2014 e, in particolare, la n. C-94/12 del 10 ottobre 2013 in tema di "cumulo parziale dei requisiti" ai fini dell'uso dell'avvalimento, nonché le recenti pronunce di questa Sezione nn. 5978/2014 e 1020/2015, e la n. 3949/2014 della Sezione V.

Quanto alle richieste dichiarazioni ex ridetto art. 38 relativamente agli amministratori d'azienda nominati, come sottolineato dal T.A.R., le stesse sono risultate, *per tabulas*, corrette e in sintonia con le previsioni di gara, e il contestato soccorso istruttorio si è limitato a scrupolo esaustivo istruttorio a fini chiarificatori di dichiarazione già di per sé effettuata (cfr. Ad. Plen. n. 9/2014).

In ogni caso, sovengono anche le richiamate Ad. Plen. n. 21/2012 e n. 16/2014, che fanno riferimento all'esclusione dalla gara solo se vi sia la prova della sussistenza di pregiudizi penali, circostanza che non ricorre nella fattispecie.

Infine, ad alcun rilievo si presta la censura in merito alla non corrispondenza dei servizi offerti dall'aggiudicataria a quelli previsti nel bando, concordandosi invece

con la valutazione sul punto già espressa dal T.A.R. e che, in base agli atti, si appalesa corretta.

Per completezza e *ad abundantiam*, può farsi infine richiamo all'art. 39 della legge n. 114/2012, di conversione del D.L. n. 90/2012, che ha inserito nuove previsioni all'art. 38 del D.Lvo. n. 163/2006 volte alla semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici, che non trova qui applicazione ragione *pro tempore* ma che può comunque costituire un concreto elemento di riferimento.

7. Ne consegue che l'appello va respinto con la conferma della sentenza impugnata. Le particolarità del caso induce a disporre la compensazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/04/2015

IL SEGRETARIO

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