



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

**Consigli
Tribunali**

[Torna alla pagina precedente](#)

N. 00492/2015REG.PROV.COLL.

N. 08054/2014 REG.RIC.

N. 08374/2014 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 8054 del 2014, proposto dalla Soc. Cooperativa Sociale Vivere Insieme in proprio e quale capogruppo del r.t.i. - Soc. Cooperativa Sociale Shalom e in proprio, rappresentate e difese dall'avv. Maurizio Savasta, con domicilio eletto presso Michele Guzzo in Roma, Via G. Nicotera 29;

contro

Villa Gaia Coop. Sociale a r.l. in proprio e quale capogruppo r.t.i., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Cozzi e Pierluigi Balducci, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, 2; Ati - Trifoglio Srl, Ati - Solidarietà Sociale Cooperativa Sociale; Comune di Barletta, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Caruso, Domenico Cuocci Martorano, con domicilio eletto presso Benito Piero Panariti in Roma, Via Celimontana, 38;

sul ricorso numero di registro generale 8374 del 2014, proposto dal Comune di Barletta, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Caruso, Domenico Cuocci Martorano, con domicilio eletto presso Benito Panariti in Roma, Via Celimontana, 38;

contro

Villa Gaia Cooperativa Sociale A R.L. in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i, rappresentata e

difesa dagli avv. Pierluigi Balducci, Giuseppe Cozzi, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, 2; r.t.i.-Trifoglio Cooperativa Sociale Onlus, r.t.i.-Solidarietà Società Cooperativa Sociale; Vivere Insieme Soc.Coop.Sociale a r.l. in proprio e quale mandataria di Ati con Cooperativa Sociale Shalom, rappresentate e difese dall'avv. Maurizio Savasta, con domicilio eletto presso Michele Guzzo in Roma, Via G. Nicotera 29;

per la riforma

quanto al ricorso n. 8054 del 2014:
della sentenza del T.a.r. Puglia, Bari, Sez. I n. 1021/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento della gestione del servizio di integrazione scolastica e sociale extrascolastica dei diversamente abili;

quanto al ricorso n. 8374 del 2014:
della sentenza del T.a.r. Puglia, Bari, Sez. I n. 1021/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento della gestione del servizio di

integrazione scolastica e sociale extrascolastica dei diversamente abili;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Villa Gaia a r.l. Coop. Sociale, del Comune di Barletta, di Vivere Insieme Soc.Coop.Sociale a r.l.;

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 15 gennaio 2015 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Maurizio Savasta, G. Saporito su delega dell'avv. Pierluigi Balducci, Benito Panariti su delega degli avv.ti Giuseppe Caruso e Domenico Cuocci Martorano, Benito Panariti su delega degli avv.ti Giuseppe Caruso e Domenico Cuocci Martorano, G. Saporito su delega dell'avv. Pierluigi Balducci;

Visto che con avviso di gara n. 12/2013 del 29 marzo 2013, il Comune di Barletta aveva indetto una procedura ristretta per l'affidamento del “servizio per l'integrazione scolastica e sociale extrascolastica dei diversamente abili” per la durata di un triennio scolastico e per un valore di €. 1.500.467,97, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 23 del Regolamento Regionale n. 4/2007;

Ritenuto che in esito della valutazione delle offerte tecniche solo l'a.t.i. Villa Gaia e l'a.t.i. Vivere Insieme erano state ammesse al prosieguo delle operazioni di gara e, con verbale n. 3 del 7 ottobre 2013, l'a.t.i. Vivere Insieme era risultata in via provvisoria aggiudicataria dell'appalto, decisione confermata con determinazione dirigenziale n. 1689 del 27 novembre 2013, con la quale venivano approvati i verbali di gara e dichiarata aggiudicataria in via definitiva dell'appalto l'a.t.i.

Vivere Insieme/Shalom con un punteggio di 93,486, mentre l'a.t.i. Villa Gaia si era classificata al secondo posto con un punteggio di 92,00, la cui successiva favorevole rideterminazione non incideva sulla posizione in graduatoria;

Visto il ricorso contro gli atti di gara proposto davanti al TAR della Puglia dalla coop. Villa Gaia in proprio e quale mandataria della costituenda a.t.i. con Trifoglio Cooperativa Sociale Onlus e Solidarietà Sociale cooperativa, in cui si lamentava la violazione dell'art. 38 del D. Lgs. 163/2006; punto III.2.1. dell'avviso di gara n. 12/2013 ed inoltre la violazione dell'art. 86, comma 3-bis D. Lgs. 163/2006;

Visto il ricorso incidentale proposto dall'a.t.i. aggiudicataria volto a dimostrare l'illegittimità dell'ammissione dell'a.t.i. Villa Gaia, per violazione degli artt. 38, 86 e 87 del D.Lgs. 163 del 2006 e delle norme dell'avviso di gara;

Vista la costituzione in giudizio del Comune di Barletta;

Considerata la sentenza n. 1021 del 6 agosto 2014 con cui il TAR di Bari accoglieva tanto il ricorso principale quanto il ricorso incidentale affermando che, trattandosi di una gara con due sole imprese ed alla stregua dei principi espressi dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con decisione del 4.7.2013 C-100/12, occorreva affrontare ambedue le posizioni dei ricorrenti, in quanto caratterizzate da "simmetria escludente", così come chiarito dall'Adunanza plenaria con la pronuncia n. 9 del 25 febbraio 2014;

Ritenuto da detta sentenza che in primo luogo si doveva ritenere fondato il primo motivo del ricorso incidentale inerente la mancata esclusione dell'a.t.i. ricorrente principale, per non aver prodotto in sede di gara la pur necessaria dichiarazione richiesta a pena di esclusione ai sensi dell'art. 38, comma 1, D.lgs. 163/2006 e del

capo III.2.1 lettera f) dell'avviso di gara, della sig.ra Nunzia Spada, che aveva cessato di avere compiti di rappresentanza di un ramo d'azienda ceduto a Villa Gaia solamente nell'anno precedente la pubblicazione del bando e precisamente il 21 dicembre 2012 e ciò a termini delle Adunanze Plenarie del 4 maggio 2012, n. 10 e del 7 giugno 2012, n. 21, per la regola contenuta dall'art. 38, comma 1 in parola e nel caso come quello in esame in cui vi fosse l'espressa previsione di esclusione da parte della disciplina di gara ovvero, in mancanza, l'effettivo accertamento dell'assenza del requisito in questione, viste anche la peculiarità e la delicatezza dell'oggetto dell'appalto;

Considerata l'analoga violazione della legge di gara in cui era caduta a parere del TAR l'a.t.i. aggiudicataria, la quale aveva evidentemente violato l'art. 38, comma 1, del d.lgs. 163/2006 poiché, pur avendo provveduto le

due cooperative associate in forza di specifica previsione statutaria alla nomina di un vicepresidente, in carica al momento della partecipazione alla gara, non avevano tuttavia presentato la dichiarazione che andava resa secondo l'avviso pubblico di gara in relazione a tutti gli amministratori muniti del potere di rappresentanza, tra i quali rientravano anche queste ultime figure e che i principi del rispetto della par condicio, dell'imparzialità e dell'efficacia si estendevano anche agli appalti di servizi di cui all'allegato II-B del D.lgs 163/2006, non potendosi nemmeno ricadere nella specie della categoria del "falso innocuo";

Visto quindi che il TAR, tratte queste considerazioni, aveva accolto ambedue i ricorsi, annullando conseguentemente tutti gli atti di gara e respingendo la domanda di risarcimento dei danni dell'a.t.i. ricorrente principale;

Visti i due distinti atti di appello in Consiglio di Stato, proposti

rispettivamente dall'a.t.i. Vivere Insieme e dal Comune di Barletta, notificati rispettivamente il 2 ed il 6 ottobre 2014, con i quali veniva richiamata la pronuncia n. 16 in data 30 luglio 2014 dell'Adunanza plenaria, con cui è stato ritenuto il rispetto dell'art. 38 comma 1 D. Lgs. 163/2006 nel testo vigente ante riforma di cui al D.L. 90/2016, per i casi in cui fosse stata presentata una sola dichiarazione comprensiva di tutti gli amministratori dotati di rappresentanza all'interno della singola concorrente promanante da un solo soggetto rappresentante senza specifiche indicazioni nominative e senza la riepilogazione delle ragioni ostative riportate dalla normativa sugli appalti pubblici, visto anche il contenuto dell'art. 47 comma 2 del d.P.R. 445/2000;

Visto l'atto di costituzione in ambedue gli appelli dell'a.t.i. Villa Gaia, con cui si sostiene l'improcedibilità per acquiescenza dei due appelli in esame, la

correttezza della sentenza impugnata e l'antieconomicità dell'offerta dell'a.t.i. Vivere Insieme, già censurata in primo grado ed in tale sede assorbita;

Ritenuto che i due appelli devono essere riuniti ai sensi dell'art. 96 c.p.a. in quanto rivolti avverso la medesima sentenza;

Rilevato che appare infondata l'eccezione di acquiescenza, eccezione che si sorregge sul fatto che il Comune di Barletta abbia bandito una nuova gara: tale comportamento rientra nelle dovute ordinarie attività di esecuzione della sentenza di primo grado e non può quindi costituire accettazione delle conclusioni contenute in tale pronuncia;

Considerato che nel merito i due appelli sono fondati alla stregua dei principi di diritto statuiti dalle due recenti pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in data 25 febbraio e 30 luglio 2014, rispettivamente la n. 9 e la n. 16;

Ritenuto, in primo luogo, che la sentenza n. 16 del 30 luglio 2014 ha scolpito i seguenti principi di diritto per il periodo ante riforma dell'art. 38 D. Lgs. 163 del 2006 determinata dal D.L. 24 giugno 2014 n. 9 convertito con modificazioni nella L. 11 agosto 2014 n. 114:

a) la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art.38 d.lgs. n.163 del 2006 può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal legislatore;

b) la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art.38 d.lgs. n.163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente

identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici;

Conseguentemente la specifica dichiarazione ex art. 38 cit. dei due vice presidenti delle cooperative facenti parte dell'a.t.i. aggiudicataria doveva ritenersi assorbita dalle dichiarazioni di due legali rappresentanti delle cooperative temporaneamente associate, conformemente a quanto previsto dall'art. 47 co. 2 d.P.R. n. 445 del 2000, dovendosi anche aggiungere per completezza che ambedue le cooperative avevano già in corso per lo stesso Comune di Barletta analoghi servizi e dunque la stessa stazione appaltante era già in possesso di tutte le necessarie certificazioni;

Rilevato che nelle statuizioni della legge di gara, così come richiamato nella sentenza impugnata, era prevista la dichiarazione ex art. 38 citato di ciascun legale rappresentante di ogni singola ditta concorrente con la comminatoria

dell'esclusione dalla gara in caso di omissione, si osserva che la sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014 dell'Adunanza Plenaria prima citata, ha richiamato il fatto che l'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, D.L. 13 maggio 2011, n. 70 convertito nella legge 12 luglio 2011 n. 106 ha aggiunto l'inciso "Tassatività delle cause di esclusione" nella rubrica dell'articolo 46, del codice dei contratti pubblici, e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-bis - in cui si prescrive che "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali

da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”;

Considerato dunque, sulla base dei principi dettati dall'Adunanza Plenaria n. 16 del 2014 citata, che l'ordinamento ammette la regolarità e comunque la sufficienza della dichiarazione ex art. 38 cit. fatta da un solo rappresentante legale per suo conto e per tutte le altre figure soggettive dotate di analoghi poteri, la clausola dell'avviso di gara del Comune di Barletta comminante l'esclusione della singola concorrente rea di aver omesso tante dichiarazioni per quanti rappresentanti legali da statuto deve essere ritenuta nulla e conseguentemente doveva ritenersi senza effetto un'eventuale esclusione di singola concorrente

connessa alla previsione di bando in parola;

Poiché la nullità è rilevabile d'ufficio, appare irrilevante l'assenza di una specifica censura nei confronti della previsione dell'avviso di gara in questione;

Visto dunque che i due appelli devono essere accolti, deve essere di conseguenza riformata la sentenza impugnata per la parte concernente l'esclusione dell'aggiudicataria e, per l'effetto, respinto il ricorso principale di primo grado, mentre resta immutata la situazione di esclusione dalla gara dell'a.t.i. Villa Gaia, in quanto l'accoglimento del ricorso incidentale dell'attuale appellante Vivere Insieme non è stato oggetto di impugnazione depositata;

Ritenuta l'evidente novità della questione, sussistono tutte le ragioni per compensare tra le parti le spese di giudizio;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti e previamente riuniti, li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso principale di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello,

Presidente

Vito Poli, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino,

Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere,

Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2015

IL SEGRETARIO

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

© 2014 - giustizia-amministrativa.it

[Mappa del sito](#)

[Guida al sito](#)

[Regole di accesso](#) [Accessibilità](#)

[Condizioni di utilizzo](#) [Informativa privacy](#)