

N. 00149/2016REG.PROV.COLL.

N. 03432/2015 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 3432 del 2015, proposto dalla Irte s.p.a. - Casa Protetta Villa dei Pini, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Leonardo Deramo, con domicilio eletto presso il dott. Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria 2;

contro

Con Noi Cooperativa Sociale a r.l. - Onlus, rappresentata e difesa dagli avv. Pierluigi Balducci e Giuseppe Cozzi, con domicilio eletto presso il dott. Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria 2; Comune di Santeramo in Colle;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia – Bari, Sez. I, n. 360/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento della gestione di un Centro sociale polivalente per gli anziani.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Con Noi Cooperativa Sociale a r.l. - Onlus;

Visto l'atto di appello incidentale proposto dalla medesima;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2015 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Antonio Leonardo Deramo e Pierluigi Balducci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 Il Comune di Santeramo in Colle con bando del 15 luglio 2013 indicava una procedura aperta per l'affidamento della gestione di un centro sociale polivalente per anziani, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La gara si concludeva con la determinazione n. 47 del 14 marzo 2014 di aggiudicazione definitiva alla I.R.T.E s.p.a. (di seguito, "la IRTE"), che aveva conseguito un punteggio complessivo pari a 78.58.

2 La concorrente Con Noi Cooperativa Sociale a r.l. – Onlus (di seguito, semplicemente “la Cooperativa”), che aveva ottenuto punti 77.75, proponeva ricorso al T.A.R. per la Puglia avverso tale aggiudicazione.

L’impugnativa era affidata a quattro motivi di censura, che il Tribunale avrebbe così riassunto:

“I) Violazione dell’art. 41 D. Lgs. n. 163/2006, artt. 5 lett. b) e 12 del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto assoluto d’istruttoria, contraddittorietà, perplessità.

Secondo la ricorrente, la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura in questione, risultando la dichiarazione bancaria presentata non corrispondente alle puntuali richieste di cui al Disciplinare di gara.

II) Violazione dell’art. 6 L. n. 241/90; art. 46, comma 1, D. Lgs. 163/2006. Eccesso di potere per difetto assoluto d’istruttoria, contraddittorietà, perplessità, violazione del principio della par condicio tra i concorrenti. In sintesi, la Commissione di gara avrebbe utilizzato in modo distorto il potere di soccorso istruttorio, consentendo un’inammissibile integrazione della dichiarazione bancaria presentata da I.R.T.E., attraverso il deposito in corso di gara di un’attestazione di equivalenza rispetto alle richieste della lex di gara.

III-IV). Violazione dell’art. 6 “criteri di aggiudicazione”, lett. A.2.F “certificazione di qualità” del Disciplinare di gara, atteso che ai fini dell’attribuzione dei punteggi ivi previsti la S.A. avrebbe dovuto considerare non il numero di certificati posseduti dalle concorrenti, bensì le singole attività oggetto del servizio e certificate secondo le regole UNI ISO. In via gradata la ricorrente impugnava la relativa clausola della lex specialis in quanto illegittima per eccesso di potere, in ragione della sua evidente illogicità ed ingiustizia manifesta.”

La ricorrente instava anche per la declaratoria di nullità o inefficacia del contratto d’appalto, ove stipulato, e, in subordine, per il risarcimento dei danni per equivalente.

La controinteressata si costituiva in giudizio in resistenza all’impugnativa avversaria e proponeva a sua volta un ricorso incidentale.

Con il medesimo veniva dedotta l’illegittimità dell’ammissione alla gara della ricorrente principale, che l’Amministrazione avrebbe dovuto -in tesi- escludere per aver presentato una dichiarazione bancaria condizionata e, inoltre, sottoscritto una versione non più attuale del capitolato speciale d’appalto.

L’aggiudicataria impugnava in via gradata la clausola dell’art. 5 del disciplinare per violazione dell’art. 41 d.lgs. n. 163/2006, in quanto in contrasto con il canone del *favor participationis* avrebbe fatto dipendere da una dichiarazione bancaria l’attestazione del possesso delle risorse occorrenti per l’espletamento dell’appalto.

Essa lamentava, infine, la mancata attribuzione di ulteriori 2 punti per il certificato presentato in relazione al servizio di assistenza domiciliare, che, benché non ricompreso nell’oggetto di gara, costituiva comunque un servizio aggiuntivo integrante la propria offerta tecnica.

3 All’esito del giudizio di primo grado il Tribunale adito, con la sentenza n. 360/2015 in epigrafe, respingeva il ricorso incidentale e accoglieva, invece, quello principale, reputandone fondato il terzo mezzo, e per l’effetto annullava gli atti impugnati, stabilendo che la Stazione appaltante avrebbe dovuto procedere a una nuova valutazione delle offerte in gara avendo riguardo alle certificazioni di qualità dimostrate dalle due contendenti rispetto ai servizi oggetto della procedura.

Il Tribunale rigettava, tuttavia, la domanda risarcitoria della Cooperativa, osservando che, poiché non constava la stipula del contratto, tale concorrente non risultava aver subito, almeno allo stato, alcun pregiudizio.

4 Avverso tale decisione seguiva la proposizione del presente appello da parte della controinteressata soccombente, che si doleva del rigetto del proprio ricorso incidentale, con precipuo riguardo al dedotto carattere condizionato della dichiarazione bancaria prodotta dall’avversaria, e contestava, inoltre, l’accoglimento del terzo motivo del gravame della Cooperativa.

Quest’ultima, dal canto suo, oltre a resistere all’appello dell’IRTE, del quale deduceva l’infondatezza, notificava un appello incidentale, con il quale reiterava i propri rilievi, disattesi dal T.A.R., sull’irregolarità della dichiarazione bancaria presentata dall’aggiudicataria, e riproponeva la propria censura subordinata rimasta assorbita.

La Sezione con ordinanza del 26 maggio 2015 accoglieva la domanda cautelare proposta con l’appello principale: ciò, in particolare, sulla considerazione che, poiché l’appellante aveva in realtà concluso con l’Amministrazione l’11 febbraio 2015 il contratto di affidamento del servizio, atto che non risultava inciso dalla sentenza impugnata, l’esigenza di continuità delle relative attività suggeriva uno scrutinio favorevole dell’istanza interinale.

L'IRTE approfondiva ulteriormente con successive memorie le proprie doglianze e deduzioni, insistendo per l'accoglimento dell'appello principale.

La Cooperativa, per converso, ribadiva le proprie ragioni concludendo affinché il medesimo venisse respinto, e invece accolto quello incidentale.

L'aggiudicataria presentava infine uno scritto di replica.

Alla pubblica udienza del 24 novembre 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

5 Entrambi gli appelli devono essere respinti, meritando conferma la sentenza impugnata.

6 Il primo motivo dell'appello di IRTE ripropone il rilievo del carattere inammissibilmente condizionato della dichiarazione bancaria presentata ai fini di gara dalla Cooperativa (la doglianza formava in origine oggetto del primo mezzo del ricorso incidentale).

Secondo la IRTE la dichiarazione prodotta dall'avversaria avrebbe subordinato l'erogazione del prefinanziamento alla futura valutazione del suo merito creditizio.

6a Occorre allora ricordare che la disciplina di gara richiedeva ai concorrenti, ai fini della dimostrazione della loro titolarità del requisito di capacità economico – finanziaria, la presentazione di una dichiarazione bancaria *“attestante la disponibilità di risorse o la disponibilità dell'istituto alla concessione di fidi atti al prefinanziamento del servizio da appaltare”*.

Va altresì rammentato che la dichiarazione rilasciata dalla B.C.C. di Santeramo in Colle alla Cooperativa in data 9 settembre 2013 era del seguente tenore: *“Con riferimento alla gara indicata in oggetto, si attesta la disponibilità di questa Banca alla concessione di fidi atti al prefinanziamento del servizio da appaltare in favore della Con Noi Cooperativa Sociale a r.l., salvo valutazione di volta in volta del merito creditizio della Cooperativa stessa”*.

6b Il Tribunale ha ritenuto che siffatta dichiarazione soddisfacesse le prescrizioni della *lexspecialis*, respingendo quindi il motivo in esame.

Ciò per l'essenziale ragione che la Banca aveva pur sempre *“attestato la sua disponibilità ad anticipare le somme necessarie per finanziare il servizio in questione, sia pure all'attualità, ... con limitato riferimento al momento in cui la stessa è stata effettuata, sottintendendo una tale attestazione la preventiva analisi della situazione economico – finanziaria della società in questione, in relazione alla specifica gara...”*.

Il T.A.R. ha escluso, inoltre, che l'attestazione della solidità finanziaria della Cooperativa, così fornita dalla B.C.C. rispetto al momento storico in cui la referenza era stata rilasciata, potesse essere inficiata dal fatto che la dichiarazione recava anche un rinvio a future valutazioni del merito creditizio. La disponibilità enunciata dalla Banca era stata espressa, per sua natura, solo *rebus sicstantibus*, e pertanto non poteva non fare salva la possibilità di future valutazioni diverse legate a mutamenti del quadro del merito creditizio della concorrente.

6c La IRTE con il proprio appello muove a questo capo di decisione la critica di fondo che il T.A.R. sarebbe incorso in una petizione di principio. Il Tribunale avrebbe dato per presupposta una disponibilità attuale alla concessione di fidi dell'Istituto bancario che invece non esisteva, poiché la riserva da questo apposta di una verifica in concreto del merito creditizio sarebbe stata destinata a valere anche per l'attualità, e non solo *de futuro*.

La disponibilità dichiarata doveva intendersi, pertanto, come integralmente condizionata. Tanto non solo in forza del tenore letterale della dichiarazione (in cui la locuzione *“salvo valutazione di volta in volta del merito creditizio”* si riferiva a tutta la frase precedente), ma anche perché non constava che l'Istituto avesse fatto alcuna istruttoria con riferimento al presente: e una valutazione del merito creditizio doveva necessariamente precedere qualsivoglia disponibilità al prefinanziamento del servizio.

6d Il Collegio ritiene che queste pur incisive critiche non siano suscettibili di condivisione.

L'interpretazione data alla dichiarazione bancaria in esame dal primo Giudice merita invero conferma, dal momento che tale dichiarazione recava obiettivamente pur sempre un'attestazione di disponibilità al prefinanziamento del servizio, e questo proprio nei termini richiesti dalla *lexspecialis*, apparendo quindi sufficientemente chiara l'effettività del relativo impegno assunto così dall'Istituto.

D'altra parte, come ha fatto persuasivamente notare la difesa della Cooperativa, ove l'Istituto dichiarante non avesse realmente valutato almeno in partenza in termini positivi lo stato del merito creditizio di tale concorrente, esso non avrebbe avuto elementi su cui innestare la propria attestazione di disponibilità invece espressa al prefinanziamento.

La riserva, infine, di una "valutazione di volta in volta del merito creditizio" risultava riferirsi essenzialmente al futuro, dal momento che l'espressione "di volta in volta", per sua natura, proiettandosi su azioni a cadenza differenziata nel tempo, non è propriamente ricollegabile alla stretta attualità.

6e Il primo motivo dell'appello principale deve pertanto essere disatteso.

7 La Sezione ritiene a questo punto di prendere in esame, per continuità di tematica, l'analoga doglianza originariamente introdotta dal ricorso al T.A.R. della Cooperativa, e dalla medesima ripresa in questa sede a mezzo di appello incidentale.

Anche tale censura è infondata.

7a La Cooperativa ha dedotto l'inammissibilità della dichiarazione bancaria prodotta dalla IRTE, poiché a fronte della specifica previsione del disciplinare sopra vista ("attestante la disponibilità di risorse o la disponibilità dell'istituto alla concessione di fidi atti al prefinanziamento del servizio da appaltare") l'attestazione dell'aggiudicataria sarebbe stata solo del tutto generica, in quanto limitata a dare atto che la IRTE "è dotata di un'adeguata struttura economico-finanziaria ed ha dimostrato sinora – nei nostri confronti – puntualità e solvibilità".

Tale dichiarazione non sarebbe stata nemmeno integrabile facendo ricorso al cd. potere di soccorso, pena la violazione della *par condicio*. Sicché, sempre secondo la Cooperativa, le carenze della dichiarazione avrebbero dovuto comportare senz'altro l'esclusione dell'IRTE dalla gara, come previsto dalla *lex specialis*.

7b Il primo Giudice ha però respinto anche tale mezzo.

Il Tribunale ha osservato, infatti, che non era possibile ritenere insoddisfatto il requisito di capacità economica e finanziaria di un operatore per la mera ragione che il contenuto delle sue referenze bancarie non riportava pedissequamente il testo recato dal bando di gara. Ha rilevato, inoltre, che la dichiarazione presentata dalla IRTE faceva puntuale riferimento alle caratteristiche dell'appalto in rilievo, in relazione al quale la Banca aveva attestato, in base alle proprie evidenze, la disponibilità da parte della concorrente di un'adeguata struttura economico – finanziaria.

L'Istituto di credito risultava, dunque, aver preso contezza sia delle caratteristiche che del valore dell'appalto, versando perciò nelle condizioni per poter valutare se, in virtù dei rapporti instaurati con l'impresa e secondo il proprio apprezzamento, sussistessero i presupposti per il rilascio della referenza poi in concreto accordata.

7c La Cooperativa contesta questa decisione, reiterando la critica di genericità della dichiarazione prodotta *ex adverso* e insistendo sull'assenza, in essa, dei precisi contenuti prescritti dalla legge di gara, dalla quale sarebbe stata irrimediabilmente difforme. Donde l'erroneità del giudizio di equipollenza –della dichiarazione a quanto prescritto dalla *lex specialis*- espresso invece dal T.A.R..

7d Il Collegio è tuttavia dell'avviso che nemmeno questa seconda dichiarazione bancaria sia stata fondatamente censurata.

Deve subito convenirsi con il Tribunale che la semplice circostanza della mancata riproduzione letterale della formulazione della *lex specialis*, a meno di non voler incorrere in un inammissibile formalismo, non poteva integrare *ex se* una valida ragione di esclusione.

Va poi sottolineato che la dichiarazione prodotta dall'IRTE esprimeva *apertis verbis* un pieno giudizio di adeguatezza della sua struttura economico-finanziaria, desunto esplicitamente dalle evidenze a disposizione della Banca e calibrato proprio sulle specifiche caratteristiche dell'appalto.

Ne consegue che il precetto della legge di gara riflettente l'ipotesi della disponibilità da parte della concorrente di risorse proprie poteva ben reputarsi adempiuto per equivalente: questo anche perché le esigenze sottese all'art. 41 d.lgs. n. 163/2006, alla cui luce la *lex specialis* andava intesa, erano state certamente soddisfatte dalla referenza.

7e Solo per mero scrupolo, pertanto, la Stazione appaltante ha fatto ricorso in proposito al soccorso istruttorio, istituto che comunque nella fattispecie era applicabile in quanto teso a ottenere solo un semplice chiarimento formale sul testo di una dichiarazione comunque tempestivamente resa e sostanzialmente già completa, nel positivo giudizio di adeguatezza economico-finanziaria espresso dalla Banca sulla concorrente rispetto allo specifico appalto.

7f Sia il primo che il secondo motivo dell'appello incidentale si appalesano, quindi, anch'essi infondati.

8 La stessa conclusione s'impone anche per il secondo motivo dell'appello principale, che avversa la sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto il ricorso della Cooperativa.

8a Il T.A.R. ha recepito la censura di violazione dell'art. 6 del disciplinare ("*criteri di aggiudicazione*") sub lett. A.2.F ("*certificazione di qualità*"), con la quale era stato dedotto che l'Amministrazione ai fini dell'attribuzione dei punteggi ivi previsti avrebbe dovuto valorizzare non già il numero di certificati posseduti dalle concorrenti, bensì quello delle attività oggetto dell'appalto certificate secondo le regole UNI ISO.

Il primo Giudice ha ritenuto, cioè, che la Stazione appaltante "*avrebbe dovuto tener conto di ciascuna attività certificata, a prescindere dalle modalità di impaginazione dei relativi certificati*", poiché la *ratio* del disciplinare consisteva nel premiare con un maggior punteggio il possesso di un maggior livello di qualità dei servizi offerti (giusta certificazione fornita dagli Enti accreditati). D'altra parte, un unico documento avrebbe potuto di fatto contenere anche più certificazioni delle varie attività in considerazione.

L'operato del Seggio è stato quindi censurato per irragionevolezza, disparità di trattamento e violazione della *ratio* della norma di *lex specialis*.

8b L'IRTE sottopone a critica questa decisione adducendo, in sintesi, che il disciplinare era invece univoco nel senso che i due punti della cui attribuzione si discute dovessero essere riconosciuti –proprio come la Commissione aveva fatto- a fronte di ogni certificato, e non già per ogni attività oggetto di certificazione.

Tale norma avrebbe avuto la funzione di fornire alla Commissione un metro oggettivo, giacché diversamente non sarebbe stato possibile enucleare criteri di valutazione sufficientemente chiari e obiettivi.

La Commissione si sarebbe perciò limitata a una fedele applicazione dell'univoca regola di gara.

8c Queste deduzioni non sono persuasive.

Osserva il Collegio che l'art. 6 del disciplinare, dove, in tema di certificazione di qualità per le attività oggetto del servizio, prevedeva il riconoscimento di "*2 punti per ogni certificato*", deve essere inteso attribuendo al termine "*certificato*" non già il significato formalistico evocativo di un mero e materiale documento burocratico, ma piuttosto il senso logico sostanziale di una certificazione di qualità di un'attività.

Diversamente, infatti, la previsione, come ha già ben posto in evidenza il Tribunale, assumerebbe un senso privo di ragionevolezza e non coerente con la sua *ratio*, che effettivamente risiede "*nell'avolontà di attribuire peso nella valutazione alle attività che siano oggetto del servizio, non già alla modalità di formalizzazione delle relative certificazioni*" (appello incidentale, pag. 18).

Il profilo d'invalidità riscontrato dal T.A.R. si conferma quindi esistente.

8d La sentenza impugnata merita senz'altro conferma, per ovvie ragioni, anche nella parte in cui il primo Giudice ha osservato che competeva alla Stazione appaltante procedere a una nuova valutazione *in parte qua* delle offerte, "*non potendo il giudice sostituirsi all'amministrazione, nell'ambito della cui discrezionalità tecnica rientra l'individuazione delle attività certificate valutabili ai fini dell'attribuzione dei punteggi previsti dalla lex specialis*".

Non compete perciò alla Sezione stabilire i punteggi di pertinenza delle contendenti nel quadro di una corretta applicazione dell'art. 6, lett. A.2.F, del disciplinare. E questo nemmeno al ventilato scopo di verificare l'esistenza dell'interesse di parte a sostegno della censura della Cooperativa: interesse della cui esistenza non è del resto logico dubitare, stante la prossimità dei punteggi conseguiti a suo tempo dalle due concorrenti, divise da meno di un punto.

Si rivelano pertanto inammissibili le contrapposte prospettazioni offerte dalle parti, rispettivamente, nelle pagg. 14-17 dell'appello principale e 19-21 di quello incidentale, siccome dirette a promuovere una non consentita sostituzione del Giudice all'Amministrazione attiva.

9 Priva di pregio si conferma anche la rinnovata pretesa della IRTE di conseguire una maggiorazione di due punti, proprio in applicazione della norma del disciplinare appena esaminata, in forza dell'allegata titolarità da parte sua di una certificazione di qualità anche per le attività di assistenza domiciliare.

Pacifica essendo l'estraneità di quest'ultimo servizio all'oggetto della procedura di gara, tanto è sufficiente, come ha già ritenuto il T.A.R., a concludere per la non riconoscibilità del punteggio addizionale in rivendicazione.

La circostanza che l'offerta della IRTE contemplasse anche un simile servizio aggiuntivo poteva ben valerle, infatti, un riconoscimento commisurato alla valenza intrinseca dell'ulteriore servizio proposto: essa non poteva però giustificare in pari tempo anche l'attivazione di quella clausola di automatismo premiale che la disciplina della procedura poteva aver previsto solo per le attività oggetto di gara, una diversa lettura risultando distorsiva della *par condicio* tra i competitori e pertanto preclusa.

10 Rimane da occuparsi della domanda risarcitoria riproposta dalla Cooperativa con il suo appello incidentale sia in forma specifica che per equivalente.

10a Il Tribunale ha disatteso tali pretese sul rilievo che, non constando la stipula del contratto, l'originaria ricorrente non risultava aver subito alcun pregiudizio.

Le pretese in questione sono state però rinnovate, rimarcandosi essere emerso che l'Amministrazione aveva in realtà concluso con l'IRTE il contratto di affidamento del servizio sin dall'11 febbraio 2015.

10b Osserva la Sezione che la confermata invalidità del procedimento di gara impone la declaratoria d'inefficacia del contratto nelle more stipulato, in applicazione dell'art. 122 C.P.A.. La decorrenza della perdita di efficacia del contratto deve però essere differita fino alla scadenza di trenta giorni dalla pubblicazione della presente sentenza, al fine di attenuare il pregiudizio alla continuità del servizio, a salvaguardia dei suoi utenti.

10c Nel quadro di causa delineato non vi è invece luogo a esaminare (per lo meno allo stato e in questa sede) la domanda risarcitoria per equivalente articolata in via subordinata dalla primitiva ricorrente, e che pure in astratto potrebbe essere giustificata rispetto alla parte di commessa già espletata dall'avversaria, poiché la Sezione in atto non è in condizione di accertare, per le ragioni illustrate al paragr. 8d, la fondatezza della pretesa della Cooperativa all'aggiudicazione.

11 In conclusione, con l'eccezione di quanto esposto nel precedente paragr. 10b entrambi gli appelli devono essere respinti.

La sostanziale soccombenza reciproca registrata in questo grado di giudizio induce a compensare le relative spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sulla controversia in epigrafe, respinge tanto l'appello principale quanto quello incidentale.

Dichiara l'inefficacia del contratto concluso dall'Amministrazione con l'aggiudicataria con decorrenza differita a trenta giorni dalla pubblicazione della presente decisione.

Compensa tra le parti in causa le spese processuali del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 24 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 18/01/2016

IL SEGRETARIO

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