

REPUBBLICA ITALIANA

N. 558/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 7430 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2007

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7430/2007, proposto da Cooperativa sociale Eurotrend Assistenza a r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avvocati Franco Enoch ed Andrea Manzi ed elettivamente domiciliata nello studio del secondo in Roma, via Federico Confalonieri n.5;

CONTRO

Kursana@piemonte s.c. a r.l., rappresentata e difesa dagli Avvocati Antonio Erba, Enzo Robaldo e Maria Stefania Masini, elettivamente domiciliata nello studio di quest'ultima in Roma, via della Vite n.7;

Casa di Riposo IPAB "Rossi", anche in qualità di Capofila delle Case di riposo "Maria Cassinelli ved. Tirone" di Montafia, "Cap. L. Zabert" di Valfenera, "San Giovanni Evangelista" di Villanova d'Asti, "Ospedale Ricovero di Carità" di Riva presso Chieri, "Venanzio Santanera" di Villafranca d'Asti, in persona del legale rappresentante pro tempore, n.c.;

PER L'ANNULLAMENTO

ma

della sentenza n.2218/2007 pronunciata dal TAR Piemonte, Sez. II, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da Kursana@piemonte Soc. Coop a r.l. e contestualmente respinto, dichiarandolo inammissibile, il ricorso incidentale proposto dalla appellante Cooperativa Eurotrend Assistenza a r.l.;

visto l'appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della soc. Coop. Kursava@piemonte;

Esaminate le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la ordinanza n. 6188/2007 con la quale è stata accolta la richiesta di sospensione della esecuzione della sentenza appellata;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 10 giugno 2008 il Consigliere Roberto Capuzzi; uditi gli avvocati Di Mattia per delega di Manzi e Erba;

Visto il dispositivo di decisione n.463 del 2008;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, la Casa di Riposo "Rossi" di Buttigliera d'Asti, in qualità di capofila delle case di riposo

indicate in epigrafe, indicava una procedura per l'affidamento dell'appalto del servizio integrato *“di assistenza tutelare diurna, notturna, infermieristica professionale, portineria, cucina, pulizia, sanificazione, disinfestazione, derattizzazione locali, lavanderia, reperibilità infermieristica professionale per il periodo dal 01.07.2006 al 30.06.2008”* nelle dette case di riposo.

Il criterio di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il bando ed il disciplinare di prevedevano rispettivamente, *“dichiarazione da cui risulti un “fatturato nell'ultimo triennio non inferiore ad € 1.5000.000,00 annui di cui almeno euro 1.000.000,00 relativi al servizio di assistenza tutelare in case di Riposo per anziani, In caso di Raggruppamento ..” e “sono ammessi alle gare esclusivamente i soggetti aventi i seguenti requisiti: ... fatturato nell'ultimo triennio..”*.

La società ricorrente in primo grado Kursana@piemonte s.c provvedeva ad indicare, nell'istanza di ammissione alla gara, il proprio fatturato degli ultimo tre anni ed i servizi svolti nello stesso periodo. Poiché, però, le referenze in possesso della detta società non le avrebbero consentito di raggiungere i limiti minimi indicati dalla *lex specialis* di gara, la stessa dichiarava di volersi avvalere del requisito relativo al fatturato ed ai servizi prestati nell'ultimo triennio, appartenenti ad altro soggetto, la società Kursana Residenzen GMBH di Linz,

allegando una dichiarazione con cui il legale rappresentante di Pedus Service P. Dussmann S.r.l. - titolare del 100% delle quote della società P. Dussmann GMBH di Linz, a sua volta titolare del 100% delle quote di Kursana Residenzen di Linz - si impegnava a mettere a disposizione della Kursana@Piemonte S.c. a r.l. i requisiti necessari per la partecipazione alla gara.

Il 12 giugno 2006 iniziavano le operazioni di gara, con le verifiche dei plichi pervenuti e nella “seduta in forma privata” della commissione dell’appalto in merito alla documentazione della cooperativa Kursana@Piemonte, veniva disposta l’esclusione con la seguente motivazione:

“ il fatturato dichiarato al punto 2) della domanda di partecipazione risulta di importo inferiore al minimo richiesto dal bando di gara per il triennio 2003/2005. La dichiarazione aggiuntiva fornita in allegato all’istanza relativa al fatturato posseduto dalla soc. Kursana Residenzen GmbH di Linz (Austria) non rileva ai fini di ammissione alla gara, sia perché posseduta da soggetto diverso dal partecipante e sia in quanto tale soggetto terzo non ha dimostrato di possedere i requisiti soggettivi richiesti nel bando relativi alla natura giuridica di cooperativa sociale”. Il presidente della commissione, con nota n. 325 di prot. in data 23 giugno 2006, inviata alla società ricorrente, “comunica(va) che la Commissione di Gara dell’appalto in oggetto, in seduta riservata, tenutasi in data

odierna, ha disposto l'esclusione dalla gara" della detta società *"per la seguente motivazione: – il fatturato ..."*.

2. Con ricorso notificato il 26 giugno 2006 e depositato al TAR Piemonte il successivo 28 giugno, la società Kursana@piemonte chiedeva l'annullamento della citata comunicazione del Presidente della commissione di gara e degli altri atti, in epigrafe menzionati, nonché l'eventuale risarcimento del danno, deducendo "Eccesso di potere per difetto del presupposto - Travisamento dei fatti". Ad avviso della ricorrente, l'illegittimità della sua esclusione dalla gara deriverebbe dalla violazione del c.d. principio dell'avvalimento, derivante dalla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici e da tempo affermato da una costante giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato, principio in base al quale si riconosce la possibilità per l'impresa concorrente, quale la ricorrente, di attestare la propria capacità economica-finanziaria anche utilizzando le referenze di terzi.

3. La Cooperativa Eurotrend Assistenza S.c. a r.l., con "atto di intervento *ad opponendum* e contestuale ricorso incidentale", depositato il 6 ottobre 2006, interveniva *ad opponendum* nel giudizio, chiedendo una pronuncia di inammissibilità, irricevibilità, infondatezza del ricorso della Kursava@piemonte e, con il ricorso incidentale, chiedendo l'annullamento del verbale della seduta di gara del 12 giugno

2006 e della comunicazione in data 12 giugno 2006 del Presidente della Commissione di gara, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della ricorrente Kursana@piemonte, per i seguenti motivi:

“Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, con particolare riferimento al possesso dei requisiti minimi di partecipazione prescritti dal bando (punto III.2 bando di gara recante “Condizioni di partecipazione”) ed alle clausole di esclusione automatica dalla gara di cui al Disciplinare. Violazione dei principi in materia di gare pubbliche, con particolare riferimento alla *par condicio* tra i concorrenti. Eccesso di potere per erroneità, travisamento dei fatti, carenza di istruttoria”.

Ad avviso della ricorrente incidentale, la Kursana@piemonte non aveva dimostrato il possesso dell'ulteriore requisito minimo soggettivo di partecipazione richiesto dalla *lex specialis* di gara relativo alla “*iscrizione all'Albo Regionale delle Cooperative Sociali, di cui all'art. 2 comma 2° lettera a) sezione A) della legge Regione Piemonte 9 giugno 1994 n. 18*”. Inoltre essa avrebbe comunque dovuto essere esclusa perché il bando di gara non prevedeva la possibilità dell'avvalimento di requisiti di terzi e la relativa normativa comunitaria (art. 9 e 10 della direttiva n. 92/50) e quella nazionale (art. 13 del D.Lgs. n. 157/1995) non sarebbe applicabile agli appalti di servizi sociali.

Infine la mancata ammissione dell'offerta della Kursana@piemonte sarebbe giustificata dalla mancata presentazione, ai fini dell'avvalimento, di una dichiarazione dell'impresa terza ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti mancanti alla concorrente, come previsto dall'art. 49 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

4. Con atto depositato il 5 ottobre 2006 si sono costituite nel giudizio innanzi al TAR Piemonte la Casa di Riposo "Rossi", nonché le altre case di riposo indicate in epigrafe, chiedendo una pronuncia di inammissibilità del ricorso introduttivo in quanto limitato ad impugnare la comunicazione del Presidente della Commissione di gara e non il verbale di gara del 12 giugno 2006 in cui l'esclusione è stata disposta. Nel merito sostenendo che l'invocato principio comunitario dell'avvalimento non è applicabile all'appalto oggetto della gara di cui trattasi.

5. Con atto di motivi aggiunti notificato il 12 gennaio 2007 e depositato il successivo 19 gennaio, la società ricorrente in primo grado Kursava@piemonte ha impugnato la graduatoria finale di gara, in cui figura come prima graduata l'offerta della Cooperativa Eurotrend Assistenza e la valutazione delle congruità dell'offerta, prima graduata, insieme con i verbali di gara.

Con i motivi aggiunti ha dedotto la : "Violazione di legge", con riferimento all'art. 21, comma 7, della legge 6 dicembre

1971, n. 1034, in quanto i provvedimenti relativi all'aggiudicazione provvisoria sono stati adottati dalla stazione appaltante quando il Tribunale aveva già accolto la domanda di sospensione cautelare dell'atto di esclusione della ricorrente Kursana@Piemonte; nonché illegittimità derivata dalle illegittimità dedotte con il ricorso introduttivo nei confronti dell'esclusione.

Con memoria del 7 febbraio 2007, la Cooperativa sociale Eurotrend Assistenza s.c.a.r.l., ha chiesto altresì che il ricorso per motivi aggiunti venisse dichiarato irricevibile in quanto tardivo, osservando che la società ricorrente era a conoscenza dei verbali di gara sin dalla data del loro deposito in giudizio avvenuto con l'atto di intervento *ad opponendum* e contestuale ricorso incidentale della controinteressata, in data 6 ottobre 2006; o comunque dalla data dell'udienza pubblica del 19 ottobre 2006 durante la quale la stessa ricorrente aveva giustificato la richiesta di rinvio con riferimento alla volontà di proporre motivi aggiunti per impugnare l'aggiudicazione provvisoria intervenuta dopo la notifica del ricorso introduttivo. Poiché l'atto di motivi aggiunti è stato notificato solo l'11 gennaio 2007, lo stesso doveva essere considerato tardivo e dichiarato irricevibile.

6. Con sentenza depositata il 22.5.2007 il TAR per il Piemonte accoglieva il ricorso proposto da Kursana@piemonte e

dichiarava irricevibile il ricorso incidentale promosso dalla Cooperativa Eurotrend Assistenza.

7. In data 9.8.2007 la Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza notificava alle case di Riposo ed a Kursana@piemonte atto di appello avverso la sentenza pronunciata dal TAR Piemonte.

Kursana@piemonte si è costituita in giudizio in data 3.10.2007 chiedendo la reiezione dell'appello e della istanza di sospensione cautelare della sentenza impugnata.

In data 27 novembre 2007 si svolgeva la Camera di Consiglio per la discussione della istanza cautelare in esito alla quale la Sezione V del Consiglio di Stato riteneva di sospendere la sentenza di primo grado.

In vista dell'udienza di merito sono state depositate memorie difensive da tutte le parti.

All'udienza del 10 giugno 2008 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con atto di appello 3 agosto 2007 la Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza a r.l. ha impugnato la sentenza n.2218/07 con la quale il TAR Piemonte, in accoglimento del ricorso a suo tempo proposto dalla Cooperativa Kursava@piemonte, ha:

-dichiarato ammissibile il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, ammissibile e tempestivo il ricorso per motivi aggiunti proposto dalla stessa Kursava@piemonte avverso i

provvedimenti di approvazione della graduatoria e di affidamento del servizio all'esponente;

-dichiarato fondato il motivo di ricorso con il quale la ricorrente in primo grado aveva contestato la propria esclusione dalla gara per violazione del principio del c.d. avvalimento;

-dichiarato inammissibile il ricorso incidentale proposto dalla Eurotrend in ragione della tardività della notifica dello stesso.

Con l'odierno appello la Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza ha sostenuto la inammissibilità ed improcedibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado per mancata impugnativa del verbale di gara del 12.6.2006 in occasione della quale era stata deliberata la esclusione della Cooperativa Kursana@piemonte, per mancata impugnativa da parte della stessa Cooperativa della *lex specialis* e, segnatamente, del bando e del disciplinare che escludevano la possibilità di avvalersi dei requisiti posseduti da soggetto terzo diverso dal partecipante; ha ribadito la tardività dei motivi aggiunti aventi ad oggetto la graduatoria di gara che vedeva prima classificata la Cooperativa Eurotrend Assistenza, notificati, a suo dire, tardivamente rispetto al momento della conoscenza dei fatti acquisita in data 2/3 ottobre 2006 in occasione della notifica dell'atto di intervento ad opponendum da parte dell'esponente.

La Eurotrend ha inoltre affermato l'ammissibilità e la fondatezza del ricorso incidentale dalla medesima presentato avente ad oggetto la mancanza di requisiti essenziali da parte della Cooperativa controinteressata in quanto la medesima non aveva fornito indicazioni e prove circa l'iscrizione all'Albo Regionale delle Cooperative Sociali, limitandosi a fornire il numero di iscrizione alla Sezione Cooperative a Mutualità Prevalente di Diritto, Torino, di cui agli artt. 111-septies, 111-undicies e 223-terdecies, comma 1, disp. Att. c.c..

3. Tanto premesso rileva la Sezione che è principio giurisprudenziale di questo Consiglio che l'esame del ricorso incidentale deve precedere l'esame del ricorso principale qualora vengano sollevate dal ricorrente incidentale questioni che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale, in specie in materia di procedure di gara, quando l'impresa deduca che la concorrente doveva essere in radice esclusa dalla gara mancando di una delle condizioni dell'azione e cio' perchè, se il ricorso incidentale è accolto, quello principale diviene inammissibile per difetto di legittimazione all'impugnazione in capo all'impresa originaria ricorrente (Cons. Stato, V, 8 maggio 2002 n.1695; V, 9 ottobre 2007 n.5276).

Venendo quindi all'esame del ricorso incidentale, questo merita accoglimento.

Il TAR Piemonte, nel ritenere il ricorso notificato alla ricorrente principale tardivo, non ha tenuto conto della circostanza che Eurotrend, pur essendo controinteressata (divenuta tale dopo la aggiudicazione in suo favore della gara oggetto della controversia) non era stata evocata in giudizio da Kursana@piemonte, che aveva notificato alla sola stazione appaltante il ricorso della esclusione dalla gara.

Infatti in data 29.6.2006, concluse le operazioni di gara, Eurotrend veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria.

Questa non essendo stata evocata in giudizio e venuta a conoscenza della esistenza del ricorso, avendo interesse al mantenimento delle risultanze della gara che la vedevano aggiudicataria, interveniva ad opponendum notificando atto di intervento sia alla sede della Cooperativa, sia al domicilio eletto e proponendo contestualmente impugnativa in via incidentale del provvedimento di esclusione dalla gara di Kursana@piemonte nella parte in cui non era stato evidenziato un motivo di esclusione dalla procedura.

Come noto, scopo del ricorso incidentale è quello di paralizzare l'azione principale intrapresa dal ricorrente principale e di ottenere che il provvedimento impugnato in via principale venga sindacato sotto altri profili favorevoli allo stesso controinteressato così da portare alla salvezza del suo contenuto essenziale.

In questa prospettiva sarebbe non coerente alla stregua di parametri costituzionali (art.3 e 24 Cost.) una interpretazione delle norme di riferimento del ricorso incidentale (art.37 t.u. Cons. Stato ed art. 22 l.1034 del 1971) che escludesse la proponibilità del ricorso incidentale per il controinteressato cui il ricorso principale non sia stato notificato in quanto in tale caso si farebbe dipendere la possibilità di tutela degli interessi del controinteressato dalla diligenza del ricorrente principale che è la sua controparte.

Pertanto nell'ipotesi in cui il controinteressato non sia stato intimato, il termine per la proposizione del ricorso incidentale non può decorrere da un momento (notifica del ricorso principale) il cui avverarsi resta estraneo alla sfera di conoscenza di colui che può azionare la relativa azione.

A tutto concedere poichè l'impugnativa incidentale è stata notificata non solo nel domicilio eletto in primo grado ma anche presso la sede legale di Kursana@Piemonte e presso la sede legale della Amministrazione, era quanto meno possibile la conversione del ricorso Eurotrend in ricorso principale ed in tale caso il ricorso, anche considerando come dies a quo la data di notifica del ricorso alla stazione appaltante, risulta tempestivo in ragione del periodo di sospensione feriale dei termini.

La sentenza impugnata ha poi errato ritenendo che il ricorso incidentale debba essere notificato entro quarantacinque giorni dalla notifica del ricorso principale e non entro sessanta giorni. Ed invero nell'ambito dei giudizi relativi all' art. 23 bis della legge 1034/71 rimane fermo il termine ordinario entro il quale il ricorso deve essere notificato mentre quello per il deposito del ricorso deve ritenersi ridotto alla metà.

Cio' vale anche per proporre ricorso incidentale a norma dei citati artt. 37 del t.u. n.1054 del 1924 e 22 della legge n. 1034 del 1971 rinvenendosi le stesse ragioni, per escluderne il dimezzamento, che hanno condotto all'esclusione della regola della riduzione del termine di proposizione per il ricorso principale (Cons. Stato, V, 5082 del 2.10.2007; V, 1.3.2003 n.1137); ove si accogliesse l'opposta soluzione del dimezzamento dei termini per la proposizione del ricorso incidentale, si verrebbe a creare una disparità di trattamento, priva di qualsiasi plausibile giustificazione, tra l'azione principale, soggetta all'ordinario termine di sessanta giorni e quella incidentale, sottoposta alla regola della riduzione.

Ne consegue che il calcolo effettuato dalla sentenza appellata per la declaratoria di irricevibilità del ricorso incidentale (45 giorni e non sessanta giorni dalla data di notifica del ricorso principale) è erroneo ed il ricorso incidentale deve considerarsi tempestivo.

4.Nel merito il ricorso incidentale è fondato.

Il ricorso ha per oggetto la mancanza di requisiti essenziali da parte della Cooperativa controinteressata in quanto la medesima non aveva fornito indicazioni e prove circa l'iscrizione all'Albo Regionale delle Cooperative Sociali, limitandosi a fornire il numero di iscrizione alla Sezione Cooperative a Mutualità Prevalente di Diritto Torino di cui agli artt. 111-septies, 111-undicies e 223-terdecies, comma 1, disp. Att. c.c..

La ricorrente in primo grado, invece, non ha comprovato di essere in possesso del prescritto *“requisito dell'iscrizione all'Albo Regionale delle Cooperative Sociali di cui all'art. 2 comma 2 lettera a) sezione A) della L.R. Piemonte 9 giugno 1994 n.18”* tassativamente richiesto dalla normativa di gara, quale requisito minimo di partecipazione (cfr. Bando, pag. 3, punto III.2).

Il disciplinare di gara, alla pagina 5 era esplicito nel richiedere che la domanda di partecipazione e le altre dichiarazioni e/o documentazioni richieste dovessero contenere *“a pena di esclusione dalla gara”* tutto quanto previsto nei singoli punti, come per ciascuno di tali atti indicato dal disciplinare medesimo e nei modelli allegati alla *lex specialis* di gara.

Il che non è avvenuto posto che la Cooperativa nella sua qualità di Cooperativa Sociale non ha indicato nessuno dei due requisiti alternativi tassativamente prescritti alla pagina 4 del modello A) di domanda di partecipazione alla gara .

Con la conseguenza che la Kursana@piemonte avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Sussistono motivi attesa la peculiarità della vicenda per compensare tra le parti le spese e gli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, V Sez., Accoglie l'appello e per l'effetto, dichiara fondato il ricorso incidentale in primo grado, dichiara inammissibile per carenza di interesse il ricorso principale di primo grado.

Compensa tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, all'udienza del 10 giugno 2008 con l'intervento dei signori magistrati:

Domenico La Medica Presidente

Marzio Branca Consigliere

Vito Poli Consigliere

Francesco Caringella Consigliere

Roberto Capuzzi Consigliere rel.est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Roberto Capuzzi

F.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

F.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....02/02/09.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi