



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 la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ai sensi degli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a. sul ricorso con il numero di registro generale 1809 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto dal CONSORZIO COOPERATIVO SOCIALE IL PUNTO in persona del legale rappresentante *pro tempore*, quale capofila e mandatario del raggruppamento di imprese tra la Soc. Coop. sociale SICULI - JANUA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandante del detto R.T.I., la Soc. Coop. sociale MONDI VITALI a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandante del detto R.T.I., rappresentati e difesi dall'Avv. Lucia Di Salvo, presso il cui studio in Palermo, via Notarbartolo n. 5, sono elettivamente domiciliati;

***contro***

- il Comune di Agrigento quale capofila del Distretto socio-sanitario D1, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;
- il Comune di Agrigento, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso

dall'Avv. Rita Salvago, con domicilio eletto in Palermo, Piazza Marina, n. 19, presso lo studio dell'Avv. Michele Roccella;

***nei confronti di***

- CSS Cooperativa Servizi Sociali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Arturo Merlo, con domicilio eletto in Palermo, via G. Maurigi n. 11, presso lo studio dell'Avv. Carmelo Belponer;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

*quanto al ricorso introduttivo:*

- del verbale del 16 settembre 2010 relativo al pubblico incanto indetto dal Comune di Agrigento nella precisata qualità per l'affidamento della gestione del servizio di interventi domiciliari integrati di supporto e cura a favore delle persone minori ed adulte con disagio psico-fisico nell'ambito dei comuni del Distretto Socio Sanitario D1, nella parte in cui l'A.T.I. ricorrente è stata esclusa;

- nonché, ove occorre, dell'art. 12 delle avvertenze del bando di gara ove inteso nel senso fatto proprio dall'amministrazione;

- nonché dell'eventuale provvedimento negativo adottato dall'amministrazione in esito al reclamo proposto;

*quanto al ricorso per motivi aggiunti*

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva e approvazione dei verbali di gara di cui alla determina dirigenziale n. 207 del 29 giugno 2011, comunicata con nota prot. n. 35321 del 29 giugno 2011;

- di tutti i verbali dal n. 1 (14.09.2010) al n. 7 (20.01.2011) relativi alle operazioni di gara nella parte in cui è stata esclusa l'A.T.I. odierna ricorrente ed è stata ammessa l'odierna controinteressata;

- nonché dei medesimi verbali nelle parti in cui non hanno aggiudicato l'appalto in questione all'A.T.I. odierna ricorrente, previa esclusione della ditta controinteressata individuata quale aggiudicataria;
- del verbale del 10 marzo 2011 con il quale - a seguito di esame del reclamo dell'odierna ricorrente - vengono confermate le motivazioni di esclusione (già impugnate con ricorso introduttivo) e della nota prot. n. 3968/2011 di relativa comunicazione.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione in giudizio, con i relativi allegati, del Comune di Agrigento;

Vista la memoria di costituzione in giudizio della Cooperativa controinteressata;

Vista l'ordinanza n. 738 del 9 settembre 2011, di fissazione della udienza di trattazione nel merito del ricorso;

Relatore il Referendario Anna Pignataro;

Uditi, nella udienza pubblica del 18 novembre 2011, l'Avv. L. Di Salvo per la parte ricorrente, l'Avv. A. Merlo per la Cooperativa controinteressata e l'Avv. A. Volpe, giusta delega dell'Avv. R. Salvago, per il Comune resistente.

Viste le memorie difensive;

Vista la documentazione tutta in atti;

Visto l'art. 120, comma 10, c.p.a., secondo cui nel rito abbreviato relativo alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui al precedente art. 74, e che tale rinvio debba intendersi specificamente riferito alle modalità di redazione ossia con sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero ad un precedente conforme;

PREMESSO che, così come risulta in atti:

- le società in epigrafe, con ricorso introduttivo notificato i giorni 15, 18 e 19 ottobre 2011 e depositato il giorno 22 seguente, hanno impugnato, chiedendone l'annullamento, il provvedimento di esclusione, disposto nei loro confronti, dalla procedura aperta da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa per l'affidamento della *“Gestione del servizio di interventi domiciliari integrati di supporto e cura a favore delle persone minori ed adulte con disagio psico-fisico nell'ambito dei comuni del Distretto Socio Sanitario D1”*, di durata contrattuale pari a due anni e possibilità di rinnovo, con un valore di € 1.141.552,23 e importo a base d'asta, per i soli oneri di gestione, pari a € 58.216,23, di cui a ribasso € 40.751,36;

- con ricorso per motivi aggiunti, notificato i giorni 22, 26 e 27 luglio 2011 e depositato il 1° agosto seguente, le società ricorrenti hanno impugnato, chiedendone l'annullamento previa sospensione dell'efficacia in sede cautelare, il provvedimento di aggiudicazione definitiva, indicato in epigrafe, a favore della CSS Cooperativa Servizi Sociali, unica concorrente ammessa, delle quattro partecipanti, alla gara oggetto di lite;

CONSIDERATO che

- con il primo motivo del ricorso introduttivo, reiterato con il primo motivo aggiunto poiché ritenuto viziante in via derivata dell'aggiudicazione definitiva – ciò che giustifica la loro trattazione unitaria - si contesta il provvedimento (il verbale di gara del 16 settembre 2010) con il quale la stazione appaltante ha escluso il R.T.I. ricorrente dalla procedura di gara per la seguente motivazione *“dall'esame degli atti si evince che la dichiarazione di cui all'art. 49, co. 2, lettera a) del d.lgs. n. 163 del 2006 è resa in forma generica senza la indicazione né del requisito specifico né dell'impresa ausiliaria di cui s'intende avvalere. Non esiste effettivamente tra gli atti prodotti una dichiarazione, propedeutica al contratto di avvalimento, resa nei modi e nei termini di cui all'art. 49 co. 2, lettera a) del Codice degli appalti e del punto 12 delle avvertenze previste dal bando di gara”*; si deduce, in sintesi, che, contrariamente a quanto sostenuto dalla stazione

appaltante, mancando specifiche previsioni della *lex specialis* che impongano il rispetto di particolari forme, sarebbe sufficiente, ai fini del rispetto di quanto previsto dal citato art. 49, la produzione in gara del contratto di avvalimento tra la partecipante al R.T.I. Soc. Coop. sociale Mondì Vitali e l'impresa ausiliaria Coop. sociale Agave, dal quale si desumerebbe agevolmente sia l'identità della detta impresa ausiliaria, sia il requisito specifico del fatturato realizzato nei servizi identici negli ultimi tre anni (2007, 2008, 2009) di cui alla sez. II.2.1.2 del bando di gara di cui intenderebbe avvalersi la mandante facente parte del R.T.I. escluso;

#### CONSIDERATO

- che il citato art. 49 prescrive, tra l'altro, che il concorrente può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere tecnico e organizzativo avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto (v. 1° comma). A tali fini, il secondo comma dello stesso art. 49 prevede che il concorrente deve allegare, per quanto interessa in questa sede, *“a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria”*;

- altresì, che la *lex specialis* non contiene clausole specifiche per la disciplina dell'avvalimento;

#### RITENUTO che

- secondo l'orientamento costante della giurisprudenza amministrativa, l'avvalimento è un istituto di carattere generale che ha come finalità precipua quella di consentire la massima partecipazione possibile alle gare ad evidenza pubblica, permettendo alle imprese, non in possesso dei necessari requisiti speciali, di sommare per la gara in espletamento le proprie capacità tecniche ed economico-finanziarie con quelle di altre imprese e che, pertanto, tale istituto trova applicazione, proprio nell'ottica di assicurare la partecipazione alla gara del maggior

numero possibile di concorrenti, anche se non espressamente richiamato in sede di gara (*ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9576);

- risulta provato in atti che le ricorrenti hanno prodotto in gara anche il contratto di avvalimento (art. 49, co. 2, lett. f) – così come ammesso da controparte in sede di discussione -, oltre le dichiarazioni dell'ausiliaria attestanti il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento (lett.c), nonché l'assunzione dell'obbligo verso il concorrente ausiliato e verso la stazione appaltante di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente ausiliato (lett.d), dai quali è agevole desumere, contrariamente a quanto affermato nei provvedimenti impugnati, sia l'identità dell'impresa ausiliaria, sia il requisito specifico di cui s'intende avvalere il R.T.I. ricorrente rispetto alla gara di che trattasi;

- ciononostante, risulta parimenti dimostrato che non è stato allegato alla documentazione presentata ai fini della partecipazione alla gara il documento recante la dichiarazione prevista dall'art. 49, 2° comma, lett. a);

#### RITENUTO

- che, contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente, a prescindere dal dato sopra rilevato dell'esistenza di una espressa clausola di esclusione, (sul punto cfr. T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 15 marzo 2011, n. 385) oltre quella già contenuta nel punto 12) delle “*Avvertenze*”, poste a chiusura delle disciplina di gara - alla quale va, in ogni caso, certamente ricondotta l'omissione del documento contenente la dichiarazione in argomento -, la peculiare dichiarazione richiesta dalla lettera a) dell'art. 49, 2° comma citato, esprime precipuamente l'impegno assunto dal ricorrente nei confronti della stazione appaltante, di ricorrere all'istituto dell'avvalimento, impegno che si connota, nella previsione normativa, non quale generico riferimento all'utilizzo dell'istituto, ma come concreta specificazione dei suoi contenuti, riferiti ai requisiti oggetto di esso ed alla impresa ausiliaria. Trattasi,

allora, di atto con il quale il concorrente si connota e si qualifica nei confronti della stazione appaltante e, quindi, di documento essenziale di concreta "identificazione" del soggetto che intende contrattare con la pubblica amministrazione. Dimostrazione di ciò è la previsione di verificabilità ai sensi del precedente art. 48, il cui esito negativo comporta la sanzione espulsiva. Orbene, per questa sua specifica natura e funzione, i contenuti della dichiarazione normativamente prescritta a carico del concorrente e diretta alla stazione appaltante, non risultano surrogabili da dichiarazioni aliunde desumibili ovvero da altra documentazione prodotta in gara;

- pertanto, che, nella fattispecie oggetto del presente giudizio, appare inidonea la mera presentazione del contratto di avvalimento stipulato tra impresa concorrente e impresa ausiliaria, atteso che esso esprime unicamente un impegno tra le parti stipulanti ma non anche dell'impresa ricorrente ausiliata nei confronti della stazione appaltante e che l'insufficienza della mera produzione del detto contratto è, inoltre, dimostrata dalla stessa formulazione dell'art. 49, comma 2 del codice dei contratti, il quale impone la presentazione sia della dichiarazione (lett. a), sia del contratto (lett. f), perseguendo evidentemente i relativi oneri documentali funzioni diverse e, soprattutto, complementari (in termini, v. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 3 maggio 2011, n. 820);

- che, neppure, come invocato in gravame, l'incompletezza della dichiarazione di avvalimento avrebbe potuto essere sanata mediante l'acquisizione di chiarimenti integrativi ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006; il rimedio della regolarizzazione postuma degli atti prodotti dai partecipanti alla gara è, invero, attivabile, per giurisprudenza costante, solo nelle ipotesi di dichiarazioni, documenti e certificati non chiari o di dubbio contenuto, ma che siano pur sempre stati presentati, e non anche laddove si sia in presenza di documentazione del tutto mancante o fisicamente incompleta (come nella presente fattispecie), risolvendosi,

in caso contrario, in una palese violazione della *par condicio* rispetto alle imprese concorrenti che abbiano, invece, puntualmente rispettato la disciplina prevista dalla *lex specialis* (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 23 aprile 2009, n. 2148; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 17 maggio 2007, n. 846; T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 4 dicembre 2006, n. 390; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 7 febbraio 2006, n. 127);

- che, conseguentemente, sotto tale profilo, gli atti impugnati sono esenti dai vizi lamentati e ciò è sufficiente ad impedirne il loro annullamento, con conseguente legittimità dell'esclusione dalla gara delle odierne ricorrenti, ricordando che, per pacifica giurisprudenza, cui il Collegio aderisce, nel caso in cui un provvedimento sia sorretto da più ragioni giustificatrici, tra loro autonome, la conformità a legge anche di una sola di esse è sufficiente a sorreggere la legittimità dell'atto impugnato (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6325; sez. V, 18 gennaio 2006, n. 110; sez., IV, 26 aprile 2006, n. 2296);

RITENUTO che

- quanto alle altre censure dedotte con i rimanenti due motivi aggiunti, ne va rilevata e dichiarata l'inammissibilità per carenza di legittimazione attiva, essendo dirette a contestare la legittimità dell'ammissione alla gara della cooperativa controinteressata aggiudicataria, e questo alla luce dei principi ricavabili dalla decisione 7 aprile 2011, n. 4 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, a proposito di interesse strumentale alla ripetizione della gara, secondo i quali "*la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva....Infatti, la determinazione di esclusione, non impugnata o non annullata, cristallizza definitivamente la posizione sostanziale del concorrente, ponendolo nelle stesse condizioni di colui che sia rimasto estraneo alla gara... Almeno a partire dalla pronuncia del Consiglio di Stato, IV, 23 gennaio 1986, n. 57, si è chiarito, infatti, che <il concorrente*



*legittimamente escluso per inidoneità non ha un'aspettativa diversa e maggiormente qualificata di quella che si può riconoscere in capo ad un qualunque altro soggetto che alla prima gara non abbia partecipato e si riprometta di partecipare alla seconda>”.*

Le spese del giudizio, in relazione alla peculiarità della controversia, possono essere eccezionalmente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso introduttivo;
- respinge in parte il ricorso per motivi aggiunti e, per il resto, lo dichiara inammissibile secondo quanto specificato in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere

Anna Pignataro, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/11/2011

IL SEGRETARIO

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