

**N. 05787/2014REG.PROV.COLL.
N. 04822/2014 REG.RIC.**



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 4822 del 2014, proposto da Auxilium Soc. Coop. Sociale in proprio e quale Mandataria di r.t.i. da costituirsi con SIAR Società Cooperativa Sociale. a r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

Ministero dell'Interno - U.T.G. - Prefettura di Foggia, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Sisifo - Consorzio di Cooperative Sociali a r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Gennaro Rocco Notarnicola e Antonio Puliatti, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

- Senis Hospes Società Cooperativa Sociale; Gepso S.A. e Associazione Culturale Acuarinto, non costituitesi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n. 00326/2014, resa tra le parti, concernente affidamento gestione triennale centro di accoglienza per richiedenti asilo

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del di Ministero dell'Interno- U.T.G.

- Prefettura di Foggia e di Sisifo - Consorzio di Cooperative Sociali a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 ottobre 2014 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Notarnicola e Perrone, quest'ultimo per delega dell'avv. Puliatti, e l'avvocato dello Stato Colelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con avviso pubblicato in data 7 dicembre 2012 la Prefettura di Foggia indiceva procedura aperta per l'affidamento della gestione triennale del Centro per immigrati – Centro di Accoglienza Richiedenti Asilo (C.A.R.A.), sito in Borgo Mezzanone (FG) per un importo a base di gara complessivo, al netto dell'I.V.A., pari a €. 20.892.600,00, oltre €. 6.905,00 più I.V.A. per i costi della sicurezza non soggetti a ribasso, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso.

All'esito delle valutazioni tecniche ed economiche, risultava aggiudicatario il

Consorzio Sisifo di cooperative sociali a r.l. con ribasso pari al 25,964%, seguito dal r.t.i. Gepsa-Acuarinto (25,566%) e dall'a.t.i. con capogruppo la soc. coop. Auxilium (21,27%).

Con ricorso proposto avanti al T.A.R. per la Puglia la Società Cooperativa Sociale Auxilium, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con SIAR – Società Cooperativa Sociale a r.l. (in prosieguo di trattazione a.t.i. Auxilium) proponeva impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione e gli atti del procedimento di gara deducendo plurimi motivi di irregolarità dell'offerta del Consorzio risultato aggiudicatario, nonché sulla sussistenza di una causa di esclusione della seconda classificata a.t.i. Gepsa-Acuarinto per aver omesso la dichiarazione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 nei confronti del vice direttore generale sig. Yannick Genin,

IL T.A.R. adito accoglieva il motivo di ricorso incidentale proposto dal consorzio convenuto in ordine alla non conformità dell'offerta prodotta dall' a.t.i. Auxilium all' art. 5 del capitolato speciale di appalto (espressamente richiamato nell'art.12 dell'avviso di gara) e, in particolare, dell'Allegato 1B, riportante la dotazione minima di personale da utilizzare nell'espletamento dei previsti servizi, per non aver indicato gli addetti al servizio di ambulanza da effettuarsi 24 ore al giorno, sette giorni su sette.

Con richiamo alle sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 7 e 9 del 2014, sull'esame con carattere prioritario del ricorso incidentale escludente, il T.A.R., una volta accertata la causa escludente dalla gara dell' a.t.i. Auxilium, dichiarava l'inammissibilità del ricorso principale e dei successivi motivi aggiunti per difetto di interesse all'annullamento.

Appella l'a.t.i. Auxilium che ha contrastato le conclusioni del T.A.R. quanto

alla fondatezza del ricorso incidentale proposto dal Consorzio Sisifo ed ha reiterato i motivi di impugnativa non esaminati dal primo giudice.

Resistono il Ministero dell' Interno ed il Consorzio Sisifo che, con le rispettive memorie, hanno contrastato le deduzioni dell'appellante ed hanno entrambi eccepito l'inammissibilità dell'impugnativa stante la collocazione dell' a.t.i. Auxilium al terzo posto nella graduatoria di merito.

In sede di note conclusionali l'a.t.i. Auxilium ha confutato gli ulteriori motivi di ricorso incidentale articolati in prime cure al Consorzio Sisifo, assorbiti dal T.A.R. e riproposti in appello.

Ulteriori considerazioni sulle questioni controversie sono state affidate alle note di replica.

All'udienza del 29 ottobre 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2. In via preliminare devono essere esaminate deduzioni di a.t.i. Auxilium che contrastano la sentenza del T.A.R. che ha accolto il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Sisifo e dichiarato il difetto di legittimazione del ricorrente in via principale a censurare l'esito della gara.

2.1. Nell'accogliere il motivo di ricorso incidentale il T.A.R. ha ascritto all' a.t.i. Auxilium la mancata indicazione della provvista numerica di personale da adibire al servizio di autoambulanza, ciò in violazione dell'art. 5 del capitolato di gara che - con rinvio all'allegato 1B - impone l'individuazione della dotazione minima di personale da destinare ai diversificati servizi che concorrono nella gestione del centro di accoglienza, nonché il relativo tempo di impiego, e stabilisce che, per ogni turno di lavoro, l' Ente gestore deve assicurare la presenza di personale necessario all'espletamento di tutti i servizi.

A giudizio del Consorzio Sisifo a fronte di una dotazione complessiva di

personale per la prestazione dei altri servizi sanitari., che si attesta sul minimo essenziale. il servizio di ambulanza non potrebbe essere garantito distogliendo il personale dagli impegni ordinari

L'a.t.i. Auxilium oppone che la disciplina di gara non prevede affatto l'indicazione di personale con qualifica specialistica appositamente dedicato al servizio di autoambulanza. Detto servizio viene a caratterizzarsi come prestazione aggiuntiva a quelli ordinari, da svolgersi nella strutture con capienza eccedente i 600 ospiti, e non è qualificato come prestazione specialistica per le quali, distintamente ed a regime, sono previste qualifiche determinate e rispettivo monte orario minimo di impegno. Il servizio in questione può quindi essere reso attingendo alla dotazione degli operatori diurni e notturni del centro senza necessità di fornire personale aggiuntivo appositamente dedicato.

Il collegio condivide il su riferito ordine argomentativo.

La regolamentazione di gara (disciplinare e relativo allegato) reca, invero, per servizi distintamente indicati (*servizi alla persona; amministrazione e gestione; assistenza sanitaria*, ecc.). il numero degli operatori diurni e notturni in corrispondenza al numero degli ospiti nella struttura, ovvero il monte di ore necessario dimensionato con riguardo a specifiche qualifiche,

Dalla tabella all'uopo redatta non emerge, tuttavia, una destinazione numerica di unità personale da adibire in via esclusiva al servizio ambulanza, né a tal fine è prevista la dotazione di una determinata figura professionale e tantomeno un determinato monte di ore di impegno.

In tale contesto prescrittivo, diversamente da quanto ritenuto dal T.A.R., deve escludersi ogni automatismo espulsivo che possa ricondursi all'inosservanza di una puntuale previsione della *lex specialis* del concorso.

Si tratta, invero, come prima accennato di un di servizio aggiuntivo agli ordinari compiti di assistenza sanitaria ed infermieristica nelle 24 ore, nonché di generale assistenza alla persona, che si caratterizza per saltuarietà ed occasionalità e che, quindi, accede alle ordinarie prestazione e può essere garantito nell'ambito del monte di ore indicato per le prestazioni assistenziali a regime. Ciò ha, quindi, indotto la stazione appaltante, nella redazione del disciplinare di gara, a non elencare in dettaglio le unità di personale da adibire allo specifico servizio di ambulanza.

Va quindi riformata la decisione del T.A.R. che - con giudizio che nella sostanza ha investito la congruità dell'offerta e che, come tale, è riservato alla stazione appaltante - ha determinato l'emersione di una causa espulsiva dalla gara non riconducibile alla relativa disciplina.

2.2. Anche i restanti due motivi del ricorso incidentale proposto dal Consorzio Sisifo, non esaminati dal T.A.R. e riproposti in appello, sono infondati.

Ed in invero:

- quanto al motivo con il quale si sostiene l'anomalia dell'offerta economica dell' a.t.i. Auxilium a causa della sotto stima del costo della manodopera, correttamente l'a.t.i. predetta ha eccepito l'inammissibilità della doglianza con richiamo all'art. 34, comma2, c.p.a. - che sancisce la non sindacabilità da parte del g.a. di un potere non ancora esercito - e non potendo, inoltre, il giudice di legittimità dar luogo ad un giudizio di merito valutativo sulla congruità dell'offerta in sostituzione dell' Amministrazione e, per più, in disapplicazione delle garanzie e regole di contraddittorio stabilite all'art. 88 del codice dei contratti pubblici.

- in ordine all'eccepito difetto di qualificazione alla gara in capo alla soc.

coop. SIAR, partecipante in a.t.i. con la soc. coop Auxilium, per non aver prestato i servizi di assistenza e di accoglienza oggetto di appalto (art. 9 dell'avviso pubblico), non va condivisa l'interpretazione restrittiva della disciplina di gara prospettata dal Consorzio Sisifo, che dà rilievo ai soggetti destinatari di detti servizi (stranieri presenti nel territorio nazionale in qualità di rifugiati), dovendo, invece, aversi riguardo al contenuto socio assistenziale delle prestazioni richieste che, per statuto ed impegno pregresso, la soc. coop. SIAR ha dichiarato di avere in precedenza reso.

In riforma della sentenza impugnata il ricorso proposto in via incidentale dal ConsorzioSisifo va quindi respinto.

Cade, in conseguenza, la preclusione alla disamina del ricorso principale proposto dall' a.t.i. Auxilium.

3. Ciò posto viene il rilievo l'eccezione di inammissibilità del ricorso in prime cure e dell' appello, formulata sia dal Ministero dell'Interno che dal controinteressato Consorzio Sisifo, sul rilievo che l' a.t.i. Auxilium occupa il terzo posto in graduatoria, restando quindi precluso lo scorrimento al primo in caso di favorevole apprezzamento dei mezzi di impugnativa.

Deve, quindi, esaminarsi con carattere di priorità il motivo con il quale l' a.t.i. Auxilium deduce l'illegittimità dell' ammissione alla gara dell' a.t.i. Gepso/Acuarinto (seconda classificata), per aver omesso di dichiarare, ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, l' assenza di pregiudizi nei confronti del sig. Yannick Genin , *vice direttore generale e direttore delle operazioni* della soc. Gepso.

A.t.i. Auxilium riconduce, in via speculare, al *vice-direttore* le medesime funzioni di gestione e di rappresentanza aziendale che per statuto competono al direttore generale e qualifica la carica di *direttore delle operazioni*

come omologa a quella di direttore tecnico, con ogni conseguente obbligo di dichiarazione nei suoi riguardi ai sensi dell'art. 38 prima richiamato.

In esito ad istruttoria esperita dal T.A.R. è emerso il conferimento al sig. Genin di poteri inerenti alla richiesta di sovvenzioni a beneficio della soc. Gepsa.

Nello statuto della soc. Gepsa non è, inoltre, identificata la figura del *vice direttore* con autonoma sfera di generali poteri di gestione e rappresentanza.

La posizione del sig. Genin all'interno della compagine societaria va quindi assimilata, in relazione al circoscritto ambito di poteri, a quella dei procuratori muniti di poteri speciali.

Secondo l'indirizzo segnato dalla decisione dell' Adunanza Plenaria n. 23 del 2013, qualora l'onere di rendere la dichiarazione ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 non sia espressamente contemplato dalla "*lex specialis*" del concorso per soggetti diversi dagli amministratori muniti a regime dei poteri gestione e i rappresentanza e, segnatamente, per i procuratori "*ad negotia*", a pena di esclusione, l'esclusione stessa può essere disposta non già per l'omissione di siffatta dichiarazione, ma soltanto laddove sia effettivamente riscontrabile l'assenza dei requisiti presi in considerazione dalla norma.

Nella specie nessun specifico onere dichiarativo è previsto nell'avviso pubblico del 7 dicembre 2012, che fa generico riferimento ai soggetti indicati all'art. 38, comma 1, lett. b), c) e *m ter* del d.lgs. n. 163 del 2006.

Dalla qualifica di *direttore delle operazioni* non emerge, inoltre, una posizione omologa a quella di direttore tecnico, cui fa richiamo l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 ai fini degli obblighi di dichiarazione, risultando dall'organigramma aziendale il sig. Genin assegnato alla *Direction Travail* con

compiti più strettamente amministrativi nel settore della formazione, del lavoro e dell'accoglienza, mentre la *Direction Technique* è affidata a soggetti diversi con specifico riferimento ai parametri della qualità e metodo e della sicurezza ambientale.

Sotto ulteriore profilo va richiamato l'indirizzo da ultimo segnato dalle decisioni dell' Adunanza Plenaria nn. 16 e 17, che hanno valorizzato un approccio sostanzialista alla verifica del possesso dei requisiti di idoneità soggettiva, prefigurati dall'art. 38 del d.lgs., n. 163 del 2006 ai fini dell'assunzione della qualità di contraente con enti o organismi di diritto pubblico, ciò anche alla luce dello *jus superveniens* di cui all'art. 39 del d.l. n. 90 del 2014, convertito con legge n. 114 del 2014, volto ad evitare che l'esclusione dalla gara possa derivare da mere incompletezze o irregolarità formali delle dichiarazioni sostitutive, in difetto in concreto di mende o indegnità morale degli amministratori e rappresentanti legali, idonee ad inferire sul grado di affidabilità dell'impresa

Il motivo va, quindi, respinto.

Segue il difetto di interesse in capo all'a.t.i. Auxilium a censurare la posizione della prima graduata posto che, dallo scorrimento della graduatoria, non può derivare alcun effetto utile ai fini dell'aggiudicazione del servizio.

Per le considerazioni che precedono – in riforma della sentenza del T.A.R. nei sensi di cui in motivazione - l'appello va dichiarato inammissibile.

Il rapporto alla reciprocità dei capi di soccombenza spese ed onorari del giudizio possono essere compensati fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente

pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/11/2014

IL SEGRETARIO

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