

Consiglio di Stato, Sezione 3, Sentenza 27 luglio 2015, n. 3685

Data udienza 16 luglio 2015

REPUBBLICA ITALIANA
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 4498 del 2015, proposto da:

It. Cooperativa Sociale in proprio e quale Mandataria Capogruppo costituendo R.T.I. e Bo. S.r.l. in proprio, rappresentati e difesi dall'avv. Pa.St., con domicilio eletto presso Fr.Za. in Roma, Via (...);

contro

Azienda Sanitaria Locale Benevento, rappresentata e difesa dall'avv. Ca.Co., con domicilio eletto presso Al.Sa. in Roma, Via (...);

nei confronti di

Co., rappresentata e difesa dagli avv.ti Pa.Sa., St.Vi., con domicilio eletto presso St.Vi. in Roma, (...); Pr. Societa' Cooperativa Sociale Per Azioni Onlus, Se. Società Cooperativa Sociale;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE V n. 01184/2015, resa tra le parti, concernente affidamento triennale servizio trasporti infermi in emergenza 118;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Benevento e di Co.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2015 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Im. ed altri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale della Campania respingeva il ricorso della It. Cooperativa Sociale (d'ora innanzi It.), in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con la Bo. s.r.l., avverso l'aggiudicazione alla Co. (d'ora innanzi Confederazione Nazionale) dell'appalto relativo al servizio triennale di trasporto infermi in emergenza 118 per undici postazioni in favore della A.S.L. di Benevento.

Avverso la predetta decisione proponeva appello la It., contestando la correttezza della statuizione gravata e domandandone la riforma, con conseguente accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

Resistevano la Confederazione Nazionale e l'A.S.L. di Benevento, che contestavano la fondatezza dell'appello, chiedendone la reiezione, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Non si costituivano, invece, le Società cooperative sociali Pr. e Se. (classificatesi, rispettivamente, seconda e terza).

Il ricorso veniva trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 16 luglio 2015.

DIRITTO

1.- E' controversa la legittimità dell'aggiudicazione alla Confederazione Nazionale del servizio, di durata triennale, di trasporto infermi in emergenza 118 per undici postazioni in favore della A.S.L. di Benevento, disposta in esito ad una procedura aperta nella quale la ricorrente It. si è classificata quarta.

Il Tribunale campano ha riscontrato la legittimità della procedura controversa, disattendendo le molteplici censure articolate dalla Cooperativa ricorrente, con riferimento

alle posizioni di tutte e tre le concorrenti che la precedevano nella graduatoria finale della gara, ed ha, pertanto, respinto il gravame.

L'appellante It. critica il convincimento espresso dal T.A.R., sulla base delle censure appresso esaminate, e conclude per la riforma della sentenza impugnata e per il conseguente annullamento del provvedimento impugnato in primo grado.

Resistono l'A.S.L. di Benevento e la Confederazione Nazionale, difendendo la correttezza del giudizio gravato ed invocandone la conferma.

2.- L'infondatezza, nel merito, dell'appello, per come di seguito argomentata, esime il Collegio dalla disamina dell'eccezione pregiudiziale formulata da entrambe le appellate ed intesa ad ottenere la declaratoria di inammissibilità per carenza di interesse del gravame, siccome proposto da una Cooperativa classificatasi solo quarta, e che si rivela, in ogni caso, a sua volta, inammissibile, in quanto la contestazione della statuizione reiettiva della medesima eccezione formulata in primo grado esige l'impugnazione incidentale del relativo capo di sentenza (oltre che infondata, atteso che le censure svolte a sostegno del ricorso risultano rivolte a tutte le concorrenti che precedono la ricorrente nella graduatoria finale).

3.- Con il primo motivo di appello si insiste nel sostenere l'illegittimità dell'ammissione alla gara della Confederazione Nazionale, a causa della dedotta inosservanza dell'art.5.2 del disciplinare di gara, che vietava ai concorrenti "di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario", e dell'art.38, comma 1, lett. m-quater) dell'art.38 d.lgs. n.163 del 2006, e che dovevano intendersi violati in quanto il Consorzio E. presentava, tra le proprie consorziate, anche la Confraternita (...) di Caivano (a sua volta associata alla Confederazione Nazionale).

La censura è infondata e va disattesa.

Per un verso, infatti, la (...) di Caivano non è stata indicata dal Consorzio E. tra i soggetti esecutori dell'appalto, sicchè il divieto codificato all'art.36, comma 5, d.lgs. n.163 del 2006 (rispetto al quale la richiamata previsione del disciplinare costituisce mera declinazione amministrativa) non può ritenersi violato, atteso che difetta il presupposto (per la sua operatività) della partecipazione alla gara della suddetta consorziata in più di un raggruppamento o consorzio (come chiarito, in un caso analogo, da Cons. St., sez, V, 23 ottobre 2014, n.5244), e, per un altro, non consta che la presentazione delle due offerte contestate (quella della Confederazione Nazionale e quella del Consorzio E.) possa

imputarsi ad un unico centro decisionale (anche tenuto conto dell'autonomia giuridica soggettiva e dell'indipendenza operativa delle singole Mi. rispetto alla Confederazione Nazionale, che impongono di escludere la configurabilità delle vietate relazioni societarie di collegamento o di controllo tra di esse) e siano, perciò, inquinate da un'indebita commistione e confusione di interessi, tale da pregiudicare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte, nel ch  si sostanziano la ratio e la funzione della disposizione asseritamente violata (Cons. St., sez. III, 23 dicembre 2014, n.6379).

4.- Con la seconda censura si contesta la statuizione reiettiva della censura con cui era stata dedotta la doverosit  dell'esclusione dalla gara della Confederazione Nazionale, in quanto priva del prescritto requisito dell'iscrizione nel registro delle imprese, in violazione degli artt. **34 e 39 d.lgs. n.163 del 2006** e 54 del disciplinare di gara.

Anche tale doglianza si rivela destituita di fondamento.

Si   ormai consolidata in giurisprudenza un'esegesi delle disposizioni sopra richiamate che, in ossequio al criterio ermeneutico che impone di leggere le norme interne in coerenza con i vincolanti principi del diritto europeo (e, in particolare, con la definizione di "operatore economico" contenuta nella direttiva 2005/18), ha riconosciuto l'ascrivibilit  anche delle associazioni di volontariato, quali soggetti autorizzati dall'ordinamento a prestare servizi e a svolgere, quindi, attivit  economiche, ancorch  senza scopi di lucro, al novero dei soggetti ai quali possono essere affidati i contratti pubblici (si veda, in generale per le associazioni di volontariato, Cons. St., sez. VI, 23 gennaio 2013, n.387 e, con particolare riferimento alla Co., Cons. St., sez. III, 5 agosto 2011, n.4692), escludendo, quindi, il carattere tassativo dell'elenco contenuto nell'art.34 d.lgs. n.163 del 2006.

Ne consegue che la previsione della lex specialis che imponeva, per la partecipazione alla gara (e a pena di esclusione), la dimostrazione dell'iscrizione al registro delle imprese non pu  reputarsi preclusiva della partecipazione alla procedura della Confederazione Nazionale, alla quale, come si   visto, non pu  negarsi la titolarit  di una posizione soggettiva che la legittima a ricevere l'affidamento di appalti pubblici, in ragione della necessit  di garantire l'effettiva applicazione del diritto europeo, che non prescrive una peculiare forma giuridica dei soggetti autorizzati ad assumere la veste di contraenti delle pubbliche amministrazioni e che riconosce la qualifica di operatori economici a tutti i soggetti abilitati ad esercitare attivit  economiche, anche se senza scopo di lucro.

Occorre, quindi, confermare la legittimità dell'ammissione alla gara della Confederazione Nazionale, sulla (sola) base della dimostrazione della sua iscrizione al registro delle associazioni di volontariato.

5.- Con il terzo motivo di appello si ribadisce l'illegittimità dell'ammissione alla gara della Confederazione Nazionale, per non aver comunicato, in violazione del suo statuto (art.3, comma 3, lett.o), quali associati hanno chiesto la partecipazione alla procedura della Confederazione e le ragioni che hanno impedito agli stessi di concorrere all'affidamento del servizio (anche al fine di identificare gli associati delle cui capacità tecniche si sarebbe avvalsa la Confederazione Nazionale).

Anche tale censura risulta priva di pregio e va respinta.

E' sufficiente, al riguardo, osservare che la presunta inosservanza della previsione statutaria sopra riportata non implica in alcun modo, come vorrebbe l'appellante, l'esclusione dalla gara della Confederazione Nazionale, atteso che, a fronte della già riscontrata legittimazione della stessa a partecipare alla procedura ed in mancanza di qualsivoglia previsione (di rango legislativo o amministrativo), infatti non indicata, che esigeva, a pena di esclusione, la comunicazione delle informazioni sopra indicate, la loro omissione assume una rilevanza solamente interna ai rapporti tra la Confederazione Nazionale e i suoi associati, ma deve intendersi del tutto inidonea a privare la prima della capacità giuridica autonoma di partecipare alla gara.

6.- Per respingere il quarto motivo, con cui si insiste nel sostenere il difetto della prescritta autorizzazione per l'uso delle ambulanze della Confederazione Nazionale, basti rilevare che la *lex specialis* non esigeva l'attestazione del possesso della licenza di noleggio con conducente (ma solo la generica dichiarazione relativa al possesso di tutte le autorizzazioni previste per l'espletamento del servizio e tra le quali non può annoverarsi quella denunciata come mancante, come appresso chiarito) e che, anzi, prevedeva espressamente (artt.3.1. del disciplinare di gara e 1 e 9 del capitolato speciale) che il servizio sarebbe stato svolto mediante l'utilizzo degli automezzi di proprietà della A.S.L. (come, infatti, poi avvenuto), sicchè la violazione denunciata si rivela del tutto inconfigurabile (in mancanza di una prescrizione inosservata).

7.- Con la quinta censura l'appellante critica la reiezione del motivo di ricorso con il quale aveva dedotto la violazione, da parte dell'aggiudicataria, della normativa a tutela dei disabili, sulla base dell'assunto dell'inidoneità della generica dichiarazione circa il rispetto

delle disposizioni della **legge n.68 del 1999** a chiarire se la Confederazione Nazionale fosse o meno compresa nel perimetro del suo ambito applicativo.

Per disattendere tale doglianza è sufficiente osservare, per un verso, che la Confederazione Nazionale si è attenuta alle prescrizioni della *lex specialis*, avendo compilato il modulo predisposto dalla stazione appaltante per l'attestazione del requisito di partecipazione in questione, e, per un altro, che la cooperativa ricorrente non ha contestato, in fatto, l'inosservanza, da parte dell'aggiudicataria, della normativa a tutela dei lavoratori disabili, con la conseguenza che l'ammissione alla gara si rileva immune da vizi, sotto il profilo considerato, sia perché l'offerta risulta coerente con le regole della procedura, sia perché non consta il difetto oggettivo del rispetto delle disposizioni della **legge n.68 del 1999**.

8.- Con il sesto motivo di appello si insiste nel sostenere la doverosità dell'esclusione della Confederazione Nazionale, per essere state depositate le dichiarazioni sostitutive relative al possesso dei requisiti di moralità soggettiva solo dal Presidente e dal Vice Presidente e non anche (ancorchè onerativi) da tutti i membri del Consiglio di Presidenza e, in particolare, dal Consigliere nazionale più anziano (che, secondo lo statuto, sostituisce il Presidente e il Vice Presidente, in caso di loro assenza o impedimento).

Anche tale censura dev'essere disattesa, sulla base del duplice rilievo che lo Statuto conferisce poteri di rappresentanza esterna al solo Presidente del Consiglio di presidenza, eletto dall'Assemblea, da valersi, quindi, quale unico organo dotato della potestà di impegnare giuridicamente la Confederazione nei rapporti esterni, e che l'attribuzione al Consigliere più anziano di poteri sostituitivi, nell'ipotesi di contestuale assenza o impedimento del Presidente e del Vice Presidente, obbedisce ad esigenze (peraltro molto remote) di carattere funzionale, ma si rivela del tutto inidonea ad attribuire ad esso il potere di rappresentanza con quegli indefettibili caratteri di stabilità organizzativa, che, soli, implicano il suo assoggettamento agli obblighi dichiarativi codificati all'art.38 d.lgs. n.163 del 2006.

Si aggiunga, peraltro, che non viene neanche dedotta la sussistenza di cause ostative a carico del Consigliere più anziano, sicchè, in coerenza con le coordinate ermeneutiche tracciate dall'Adunanza Plenaria (Cons. St., Ad. Plen, 30 luglio 2014, n.16), dev'essere, in ogni caso, esclusa la doverosità dell'esclusione per la (presunta, ma, si ripete, inesistente) carenza in esame.

9.- L'appellante ribadisce, da ultimo, l'illegittimità del giudizio favorevole formulato dalla stazione appaltante in esito alla procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta della Confederazione Nazionale, sulla base dell'assunto che lo stesso avrebbe violato l'effetto conformativo della **sentenza del Consiglio di Stato n.3243 del 2011** (con la quale l'importo a base d'asta del medesimo appalto oggi controverso era stato giudicato inadeguato a garantire la corretta esecuzione del servizio, proprio sotto il profilo del costo del lavoro) e, comunque, le tariffe inderogabili minime previste dal CCNL di settore.

Il motivo è infondato e va respinto.

La decisione sopra citata ed asseritamente violata si è limitata, a ben vedere, a confermare il giudizio di insufficienza dell'importo a base d'asta, ai fini della corretta esecuzione del servizio, ed ha effettivamente rilevato l'inadeguatezza del costo orario di alcune figure professionali (autista livello B3 e infermiere livello D), ma non ha in alcun modo stabilito una diversa ed inderogabile tariffa, sicchè il dictum della sentenza di questa sezione n. 3243 del 2011 non può in alcun modo reputarsi violato (risultando, anzi, rispettato del notevole aumento dell'importo a base d'asta stabilito con la procedura in esame).

Non solo, ma il trattamento economico minimo previsto dal CCNL delle Mi. risulta rispettato dall'offerta dell'aggiudicataria (come rilevato dalla stessa e non contestato, se non con inammissibili affermazioni generiche, dalla cooperativa appellante).

Ribadito, in definitiva, che l'esame della legittimità del giudizio di anomalia deve arrestarsi a un controllo estrinseco della ragionevolezza, della logicità delle valutazioni compiute dalla commissione (oltre che dalla completezza della presupposta istruttoria), ma non può estendersi fino a un sindacato penetrante del merito degli apprezzamenti sulla serietà e sulla remuneratività dell'offerta (cfr. ex multis Cons. St., sez. IV, 16 giugno 2015, n.3000), deve concludersi che il giudizio di congruità dell'offerta economica della Confederazione Nazionale risulta immune da ogni vizio (non ravvisandosi, in esso, errori di analisi o carenze informative).

10.- Così esaurita la disamina delle censure rivolte avverso la statuizione reiettiva del ricorso proposto contro l'aggiudicazione dell'appalto alla Confederazione Nazionale, occorre procedere all'esame dei motivi di appello riferiti al capo di rigetto dei motivi aggiunti (con i quali era stato impugnato il contratto stipulato dalla A.S.L. Benevento con l'aggiudicataria, unitamente alla presupposta verifica positiva sul possesso dei requisiti), con la preliminare avvertenza che alcune deduzioni si rivelano inammissibili in quanto

attinenti a profili relativi all'esecuzione del contratto (e non alla legittimità dell'affidamento) o già esaminati con riguardo all'aggiudicazione (restando, quindi, assorbite dalle relative argomentazioni reiettive).

11.- La censura relativa all'incompletezza della documentazione acquisita dalla stazione appaltante ai fini del controllo della veridicità delle dichiarazioni sostitutive sul possesso dei requisiti di ordine generale prodotte ai sensi dell'art.38 d.lgs. n.163 del 2006 si rivela infondata, essendo documentato che l'Amministrazione ha correttamente acquisito il certificato del casellario giudiziario generale, il D.U.R.C. e il certificato di regolarità fiscale (dai quali non è risultata alcuna causa ostativa alla stipula del contratto di appalto), che assorbono ed esauriscono tutte le verifiche prescritte dall'art. 38 d.lgs. cit. (non residuando attestazioni estranee all'oggetto dei predetti certificati e rimaste pretermesse dalla stazione appaltante).

Quanto alla verifica sul rispetto della normativa a tutela dei disabili, è stata correttamente ritenuta sufficiente la dichiarazione presentata dalla Confederazione Nazionale (in difetto di un obbligo di acquisizione della relativa specifica certificazione).

12.- Con un'altra censura si insiste nel sostenere la violazione del termine perentorio stabilito dall'art.48 per la produzione della documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione.

Anche tale doglianza si rivela sprovvista di fondamento, atteso che le vigenti regole relative alla documentazione amministrativa, e, in particolare, gli artt.**40, 43, 46 e 47 d.P.R. n.445 del 2000** (da intendersi pacificamente applicabili anche alle procedure di affidamento degli appalti pubblici), impongono alle stazioni appaltanti, finchè non diventerà operativa la banca nazionale dei contratti pubblici, di procedere d'ufficio all'acquisizione, dalle amministrazioni competenti, dei certificati attestanti il possesso dei requisiti di partecipazione autodichiarati dai concorrenti (Cons. St., sez. III, 26 settembre 2013, n.4785), sicchè non appare configurabile alcuna violazione per il ritardo nella produzione di documenti che la stazione appaltante avrebbe dovuto acquisire autonomamente (come poi, in effetti, ha fatto) e che non avrebbe dovuto (e potuto) chiedere all'aggiudicataria.

13.- La società appellante rileva, ancora, l'erroneità della sentenza gravata, là dove ha disatteso la censura intesa a denunciare il difetto in capo alla Confederazione Nazionale dei requisiti di capacità tecnica e professionale, essendo risultato che il fatturato dalla stessa dichiarato è riferito a prestazioni eseguite dalle associazioni di volontariato affiliate

(le Mi. locali) e non alla Confederazione, da intendersi, ai fini che qui rilevano, come un soggetto giuridico autonomo.

L'assunto è errato, in quanto si fonda sul fallace presupposto della distinzione soggettiva (agli effetti qui considerati) tra la Confederazione Nazionale e le singole Mi. che la compongono.

La peculiare struttura organizzativa della Confederazione in questione implica, invece, un'immedesimazione soggettiva delle singole associazioni locali in quella nazionale (come chiarito da Cons. St., sez. III, 5 agosto 2011, n.4692), con la decisiva conseguenza che le Mi. affiliate concorrono con il personale e i mezzi a loro disposizione ad integrare i requisiti di capacità tecnica della Confederazione (che, infatti, si avvale, per espressa previsione statutaria, delle competenze e delle risorse degli associati).

14.- Per disattendere la censura con cui si ribadisce il difetto del requisito del possesso della licenza di noleggio con conducente, è sufficiente richiamare le argomentazioni svolte al punto 6.

15.- In merito alla dedotta violazione della clausola sociale, rileva il Collegio che la pacifica assunzione, da parte dell'aggiudicataria, dei dipendenti impiegati per il servizio dal gestore uscente e l'applicazione ad essi del CCNL delle Mi. (da valersi quale fonte "normativa" di riferimento per la verifica del trattamento giuridico ed economico ad essi spettante alle dipendenze del nuovo gestore) impongono di ritenere osservata la prescrizione in questione.

16.- Quanto all'asserita invalidità o inefficacia delle polizze RCT e RCO si osserva che i contratti assicurativi prodotti dall'aggiudicataria risultano assolutamente idonei (come si ricava dalla loro univoca formulazione lessicale) a garantire i rischi che la lex specialis imponeva di coprire, sia perché la loro operatività non può ritenersi esclusa per effetto della (infondatamente) dedotta mancanza delle autorizzazioni sanitarie prescritte (che, tuttavia, come si è già visto, non difettano affatto), sia perché l'avvalimento delle capacità tecniche delle Mi. locali indicate nell'allegato alle polizze, che, come si è già rilevato, risulta consentito, in via generale, dallo statuto della Confederazione Nazionale, non vale a privare di efficacia le assicurazioni in questione (ancorchè parte contraente sia la sola Confederazione Nazionale, quale soggetto giuridico autonomo).

17.- In ordine, ancora, alla dedotta illegittimità della prestazione della cauzione definitiva in misura dimezzata, ma senza l'allegazione delle certificazioni prescritte, a tal fine, dal

combinato disposto degli artt. 75, comma 7, e 113 d.lgs. n.163 del 2006, basti rilevare la sua infondatezza in fatto, risultando che la Confederazione Nazionale ha prodotto la polizza per l'importo intero, del 10% dell'importo contrattuale, e non per quello dimidiato.

18.- Quanto, da ultimo, alle affermate violazioni relative al costo del personale, valgono le medesime argomentazioni svolte al punto 9.

19.- Alla riscontrata legittimità dell'aggiudicazione del servizio alla Confederazione Nazionale e del relativo contratto d'appalto conseguono il rigetto dell'appello e la declaratoria della sua improcedibilità, nella parte relativa ai capi di decisione di rigetto dei motivi del ricorso originario rivolti contro l'ammissione alla gara delle cooperative seconda e terza classificata (in relazione alla cui riforma l'appellante ha perso ogni interesse).

20.- La complessità e la difficoltà di alcune delle questioni trattate giustificano la compensazione tra tutte le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge e in parte lo dichiara improcedibile. Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo - Presidente

Carlo Deodato - Consigliere, Estensore

Salvatore Cacace - Consigliere

Dante D'Alessio - Consigliere

Massimiliano Noccelli - Consigliere

Depositata in Segreteria il 27 luglio 2015.