

**Avvilimento – utilizzabilità anche se non richiamato nel bando di gara –
Possesso requisiti di fatturato previsti dal bando da parte dell'impresa
ausiliaria – Non necessità**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – 2[^] Sezione – ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso con contestuale istanza di decreto ex art. 3 legge 205/00 n. 805/2006 proposto da KURSANA@PIEMONTE Soc. coop. a r.l., in persona del suo Presidente ed Amministratore Delegato dott. Stefano Morrone, con sede in Moncalieri, via Einaudi n. 38, rappresentata e difesa dagli avv.ti ed elettivamente domiciliata presso lo studio della stessa in,

c o n t r o

la 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, con sede in Buttigliera d'Asti, via Roma n. 2, costituitasi in giudizio, unitamente alle dette case di riposo, rappresentate e difese dall'avv..... ed elettivamente domiciliate presso lo studio dello stesso, e con l'intervento ad opponendum e contestuale ricorso incidentale della Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza S.c. a r.l., con sede legale in Pavia, via Luigi Porta n. 12/A, in persona del Presidente, legale rappresentante pro tempore, sig. Francesco Montoro, rappresentata e difesa dagli avv.ti... ed elettivamente domiciliata presso lo studio della seconda in....., per l'annullamento, previa sospensione, della comunicazione del Presidente della Commissione, datata 12.6.2006, con cui la ricorrente veniva esclusa dalla partecipazione alla gara per l'assegnazione 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", e di tutti gli atti preordinati, consequenziali e connessi, ivi compreso l'eventuale contratto di appalto eventualmente stipulato, nonché per l'eventuale risarcimento del danno ed a seguito di proposizione dei motivi aggiunti

per l'annullamento

della graduatoria finale di gara, in cui figura come prima graduata l'offerta della Cooperativa Eurotrend Assistenza, e la valutazione della congruità dell'offerta, prima graduata con i relativi verbali; Visto il decreto del presidente della sezione n. 339 in data 30 giugno 2006; Vista l'ordinanza di questa sezione n. 382 in data 12 luglio 2006; Visto l'atto di intervento ad opponendum e contestuale ricorso incidentale in data 27 settembre 2006, proposti dalla Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza S.c.a.r.; Visto

l'atto di costituzione in giudizio della Casa di Riposo IPAB "Rossi", della Casa di riposo "Maria Cassinelli ved. Tirone" di Montafia, della Casa di riposo "Cap. L. Zabert" di Valfenera, della Casa di riposo "San Giovanni Evangelista" di Villanova d'Asti, della Casa di riposo "Ospedale Ricovero di Carità" di Riva presso Chieri, della Casa di riposo "Venanzio Santanera" di Villafranca d'Asti; Visti i motivi aggiunti depositati in data 19 gennaio 2007; Viste le memorie presentate dalle parti; Visti gli atti tutti della causa; Relatore alla pubblica udienza del 14 febbraio 2007 il referendario Giorgio Manca e uditi l'avv.....;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla 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 di gara III.2.1.2) Capacità economica e finanziaria - prove richieste e il disciplinare di gara -p.1- Soggetti ammessi alla gara, 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 ... In caso di Raggruppamento ...". La società ricorrente provvedeva ad indicare nell'istanza di ammissione alla gara il proprio fatturato degli ultimi 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, viene disposta l'esclusione "per 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 il successivo 28 giugno, la società ricorrente chiede l'annullamento, previa sospensione, 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. Con decreto del presidente della sezione n. 339 in data 30 giugno 2006 l'istanza cautelare di sospensione in via provvisoria degli atti impugnati veniva rigettata.

4. Con ordinanza di questa Sezione n. 382 del 12 luglio 2006, veniva accolta la domanda cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente e si fissava la trattazione del merito all'udienza del 19 ottobre 2006.

5. La Cooperativa Eurotrend Assistenza S.c. a r.l., con "atto di intervento ad opponendum e contestuale ricorso incidentale", depositato il 6 ottobre 2006, da un lato interviene ad opponendum nel presente giudizio, essendo evidente il suo interesse ad ottenere la definitiva aggiudicazione dell'appalto che già gestiva, chiedendo che il ricorso venga ritenuto inammissibile, improcedibile e, comunque, infondato, dall'altro, con il ricorso incidentale chiede l'annullamento del verbale della seduta di gara del 12 giugno 2006 e, in quanto occorra, 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 ha 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.

6. Con atto depositato il 5 ottobre 2006 si sono costituite in giudizio la Casa di Riposo "Rossi", nonché le altre case di riposo indicate in epigrafe, chiedendo, in primo luogo che il ricorso introduttivo sia dichiarato inammissibile in quanto si limita 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 osserva che l'invocato principio comunitario dell'avvalimento non è applicabile all'appalto oggetto della gara di cui trattasi.

7. Con atto di motivi aggiunti notificato il 12 gennaio 2007 e depositato il successivo 19 gennaio, la società ricorrente impugna 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 deduce: "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 questo 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.

8. Con memoria del 7 febbraio 2007, la Cooperativa sociale Eurotrend Assistenza s.c.a.r.l., chiede altresì che il ricorso per motivi aggiunti sia 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, deve essere considerato tardivo e dichiarato irricevibile. All'udienza pubblica del 14 febbraio 2007 il ricorso è stato trattenuto in decisione. In data 16 febbraio 2006 è stato pubblicato il dispositivo n. 11 della presente sentenza.

DIRITTO

1. Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione sollevata dalle amministrazioni resistenti, riguardante l'inammissibilità del ricorso introduttivo in quanto non risulterebbe proposto contro il verbale della seduta del 12 giugno 2006 in cui fu disposta l'esclusione della società ricorrente. 1.1. L'eccezione non può essere accolta. Va premesso, in primo luogo, che la impugnata comunicazione del Presidente della Commissione di gara, in data 12 luglio 2006, conteneva tutti gli elementi dell'atto di esclusione che veniva portato a conoscenza dell'impresa: l'organo competente, la data della seduta, la motivazione dell'esclusione dalla gara, ripresa pedissequamente dal verbale della seduta della commissione. Ciò posto, dall'esame dei motivi di ricorso e delle domande giudiziali avanzate con lo stesso, si ricava la sicura volontà della società ricorrente di pretendere l'annullamento dell'atto di esclusione dalla gara adottato dalla Commissione di gara, per cui, in applicazione del noto principio, secondo cui l'individuazione dell'atto impugnato con il ricorso va fatta non alla stregua di criteri formalistici, basati sulla mera lettura dell'epigrafe dell'atto introduttivo, ma attraverso l'esame sotto il profilo sostanziale dei motivi dedotti e delle domande giudiziali proposte, il ricorso deve essere ritenuto proposto avverso la determinazione, contenuta nel verbale del 12 giugno 2006, concernente l'esclusione della società ricorrente e, quindi, il ricorso è ammissibile. 2. E' necessario altresì esaminare, a questo punto, anche l'eccezione di tardività dei motivi aggiunti sollevata dalla controinteressata Coop. Soc. Eurotrend Assistenza S.c. a r.l.. 2.1. Anche questa eccezione è infondata. Il termine per la proposizione dei motivi aggiunti, in linea generale, inizia a decorrere dal momento in cui è provata la piena conoscenza, di parte ricorrente, degli atti del procedimento dai quali emergono gli eventuali ulteriori vizi che inficiano il provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo. La prova di tale conoscenza, che secondo i principi deve essere connotata da un elevato grado di certezza, deve essere fornita dalla parte che eccepisce la tardività. Applicando i principi appena enunciati al caso di specie, si deve rilevare che manca agli atti del giudizio la prova dell'avvenuta conoscenza, prima dell'accesso richiesto ed ottenuto da parte della ricorrente, delle circostanze e dei documenti sui quali sono basati i motivi aggiunti. Pertanto l'eccezione della controinteressata è da respingere. 3. Con l'unico motivo del ricorso introduttivo, riproposto con i motivi aggiunti nella forma della illegittimità derivata, la società ricorrente deduce la illegittimità della sua esclusione dalla gara in esame per la violazione del principio del c.d. avvalimento dei requisiti finanziari (per ciò che rileva nel caso di specie) di altri soggetti non partecipanti alla gara. 3.1. Il motivo è fondato. La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, quantomeno a partire dalla pronuncia della sez. V, 2 dicembre 1999, in causa C-176/98 (Holst Italia S.p.A. c. Comune di Cagliari), ha enunciato quello che sinteticamente viene designato come principio dell'avvalimento, dichiarando che la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50 CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e in particolare gli artt. 31 e 32, va interpretata nel senso che consente ad un concorrente, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto. Nella fattispecie concreta la Kursana Piemonte S.c. a r.l., per la

dimostrazione del possesso del requisito della capacità economica e finanziaria richiesto dal punto III.2.1.2. del bando di gara, ha presentato in sede di gara una dichiarazione dell'amministratore delegato della società Pedus Service P. Dussmann S.r.l. - che "detiene il 100% delle quote della Società P. Dussmann GmbH di Linz (Austria) la quale a sua volta detiene il 100% delle quote della soc. Kursana Residenzen GmbH di Linz", e che ha "concesso in uso alla Cooperativa Kursana@Piemonte S.c. a r.l." il predetto marchio Kursana - con la quale la suddetta Pedus Service P. Dussmann S.r.l. si obbliga nei confronti di Kursana@Piemonte "a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto indicato in epigrafe, le risorse di Kursana Residenzen GmbH di Linz sotto indicate: il fatturato globale d'impresa realizzato negli ultimi tre esercizi". Applicando i contenuti del principio dell'avvalimento, come sopra affermato, ne deriva come conseguenza che l'amministrazione appaltante non avrebbe dovuto escludere la Kursana@Piemonte sulla base della considerazione che "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" (così il verbale della seduta della Commissione del 12 giugno 2006). Riguardo a tale motivazione occorre altresì rilevare che l'acquisizione del requisito del fatturato da una società terza (ausiliaria) non significa che questa debba avere i requisiti soggettivi del bando, per la ragione, invero assai semplice, che essa non partecipa alla gara. E' solo la Kursana@Piemonte l'unica concorrente (ed eventualmente l'unica contraente). Inoltre, come si è affermato in giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194) "la potestà di avvalimento costituisce un principio di fonte comunitaria non limitato al solo settore degli appalti di servizi, ma di portata generale". Il che consente di trarre alcuni significativi corollari:

- l'assenza nel bando di gara di una disposizione che ammette l'utilizzazione di requisiti finanziari di terzi è irrilevante, poiché il fondamento comunitario del principio in parola e la sua estensione generale impone l'integrazione ex lege del bando stesso; - dall'ambito di applicazione del principio di avvalimento, in ragione della sua generale portata, non sono esclusi gli appalti di servizi "sanitari e sociali", del tipo di quello oggetto della gara di cui trattasi nella presente controversia. Il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono pertanto fondati e devono essere accolti. 4. Peraltro, la riconosciuta fondatezza impone di passare all'esame del ricorso incidentale della controinteressata Coop. Soc. Eurotrend Assistenza S.c. a r.l., il cui accoglimento determinerebbe l'inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti per difetto di interesse a ricorrere. Il ricorso incidentale è tuttavia irricevibile in quanto notificato alla ricorrente solo il 3 ottobre 2006, e quindi oltre il termine di trenta giorni dal decorso di quello assegnato per il deposito del ricorso introduttivo, come previsto dall'art. 37 del regio decreto n. 1054/1924 (testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), richiamato dall'art. 22, primo comma, della legge n. 1034 del 1971. E infatti: - il ricorso principale è stato notificato il 26 giugno 2006; - il termine per il deposito, dimezzato ai sensi dell'art. 23-bis della legge n. 1034/1971, scadeva l'11 luglio 2006; - la notifica del ricorso incidentale, pertanto, avrebbe dovuto essere effettuata, calcolando l'incidenza della sospensione dei termini feriali, entro il 25 settembre 2006. Il ricorso incidentale deve conseguentemente essere dichiarato irricevibile. 5. Con il ricorso in epigrafe la Kursana@Piemonte ha chiesto anche l'annullamento del contratto eventualmente stipulato, nonché il risarcimento del danno. 5.1. La prima domanda deve essere dichiarata inammissibile, poiché non risulta agli atti del giudizio la stipula del contratto di appalto oggetto della gara di cui trattasi. Con la memoria depositata il 2 febbraio 2007 le amministrazioni resistenti hanno anzi precisato di non aver proceduto alla aggiudicazione definitiva dell'appalto in attesa della sentenza che definisce il presente giudizio. 5.2. Ne consegue che la domanda di risarcimento deve essere dichiarata infondata. Infatti, annullato il provvedimento di esclusione dalla gara della

Kursana@Piemonte e annullata l'aggiudicazione provvisoria a favore della controinteressata Coop. Soc. Eurotrend Assistenza S.c. a r.l. (disposta dalla Commissione di gara nella seduta del 24 luglio 2006) il cui verbale è stato impugnato con i motivi aggiunti, la p.a. appaltante - in sede di esecuzione della presente sentenza, nel rispetto degli effetti conformativi che ne derivano – ha il potere di rinnovare la gara d'appalto e di adottare il (nuovo e) conclusivo provvedimento di aggiudicazione della gara di cui trattasi, per cui la società ricorrente ha la possibilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto in questione e, quindi, non vi sono ulteriori profili di danno da risarcire per equivalente. Deve essere pertanto rigettata la domanda di risarcimento del danno.

6. Attesa la natura e la particolarità della vicenda, si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte - 2^a Sezione -, accoglie il ricorso principale e i motivi aggiunti, e, per l'effetto:

- annulla gli atti impugnati;
- dichiara inammissibile la domanda di annullamento del contratto;
- rigetta la domanda di risarcimento del danno.

Dichiara irricevibile il ricorso incidentale.
 Compensa tra le parti le spese del giudizio.
 Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.
 Così deciso in Torino, nella Camera di Consiglio del 14 febbraio 2007, con l'intervento dei signori magistrati:

Giuseppe	Calvo	Presidente
Antonio	Plaisant	Referendario
Giorgio	Manca	Referendario,
Il	Presidente	L'Estensore

Il Direttore Segreteria II Sezione Depositata in Segreteria a sensi di Legge il 22 maggio 2007

Il Direttore Segreteria II Sezione