



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 519 del 2015, proposto da: OMISSIS, in proprio e nella qualità di capogruppo dell'A.T.I. con OMISSIS, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Lucia Di Salvo C.F. DSLLCU68E50G273Y, Lucia Alfieri C.F. LFRLCU71L65C351E, Daniele Piazza C.F. PZZDNL72D11G273H, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Lucia Di Salvo in Palermo, via Notarbartolo, 5;

contro

Cooperativa sociale Amanthea, in proprio e quale capogruppo dell'Ati con la società cooperativa sociale Azione Sociale, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati **Massimiliano Mangano** C.F. MNGMSM63H24G273X, Giovanni Barraja C.F. BRRGNN81S12G273X, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. **Massimiliano Mangano** in Palermo, via Nunzio Morello, 40;

nei confronti di

Comune di Cefalù, Distretto Socio Sanitario 33, Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo N. 6, Comitato dei Sindaci del Distretto Socio Sanitario 33, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA - PALERMO: SEZIONE III n. 00216/2015, resa tra le parti, concernente appalto di servizi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Cooperativa Sociale Amanthea in proprio e quale capogruppo Ati con la Cooperativa Sociale Azione Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2016 il Cons. Silvia La Guardia e uditi per le parti gli avvocati L. Di Salvo e M. Mangano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I – La controversia concerne la procedura ristretta indetta dal Comune di Cefalù, quale ente capofila del distretto socio sanitario n. 33, per l'affidamento del servizio di attuazione del progetto “inclusione sociale” (durata: 1 anno; importo a base di gara € 134.520,12 oltre IVA), cui hanno partecipato l'ATI Madonita società cooperativa sociale – CORAS società cooperativa sociale Raggi di Sole (di seguito, per brevità ATI Madonita), cui con determinazione n. 14 del 15.1.2014 è stato definitivamente aggiudicato l'appalto, l'ATI costituenda tra la Cooperativa sociale Amanthea e la Cooperativa sociale Azione Sociale (ATI Amanthea), seconda classificata, ed un terzo concorrente.

Con la sentenza qui impugnata, il Tar ha accolto il ricorso della seconda classificata, annullando gli atti impugnati; in particolare, assorbito il resto, ha ritenuto fondata la prima delle censure esposte con il ricorso introduttivo della Amanthea, che aveva contestato l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria, nonché il punteggio attribuitole e, con motivi aggiunti, il verbale della commissione di gara con il quale non era stata accolta la sua informativa di ricorso.

Il Tar ha premesso, in punto di fatto, che l'ATI Madonita non aveva reso le dichiarazioni di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 relativamente al Presidente del Consiglio di amministrazione, avente poteri di legale rappresentanza, di ambedue le cooperative riunite e che il seggio di gara aveva chiesto l'integrazione documentale e, ottenutala, ammesso la concorrente alla gara.

In linea di diritto, il primo giudice, tenuto conto delle indicazioni date da questo C.G.A. nella fase cautelare, ha ritenuto fondata, alla luce dei principi affermati dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 9 del 25 febbraio 2014, la censura di violazione degli artt. 38 e 46 d.lgs. n. 163/2006. In particolare: - ha richiamato il principio di etero integrazione del bando, ove carente, come nella fattispecie, di espresso richiamo alle norme di portata imperativa del codice degli appalti; - ha affermato l'impossibilità di attivare il potere di soccorso previsto dall'art. 46, comma 1, del codice al fine della produzione tardiva delle dichiarazioni mancanti; - ha ritenuto che non poteva esonerare dalla presentazione delle dichiarazioni ex art. 38 cit. la circostanza che fossero state invitate alla gara solo cooperative iscritte nell'"albo distrettuale delle ditte accreditate per la gestione dei servizi sociali" approvato con determinazione n. 415 del 4 dicembre 2012. A tale ultimo riguardo, il Tar, rimeditato l'avviso espresso in sede cautelare, ha ritenuto che la particolare rilevanza dell'interesse pubblico sottostante l'obbligo dichiarativo di cui all'art. 38 del codice degli appalti consente di affermare che lo stesso vada adempiuto anche da parte di soggetti iscritti in albi o elenchi detenuti dalla stazione

appaltante, non potendosi escludere l'intervento di situazioni ostative nel periodo intercorrente tra l'iscrizione all'albo e la partecipazione alla gara. Sicché, indipendentemente dal lasso temporale più o meno lungo intercorrente tra le due procedure, il partecipante alla gara doveva dichiarare che non ricorreva nessuna delle fattispecie indicate dall'art. 38.

L'appellante contesta l'erroneità della sentenza.

L'appellata Amanthea, con memoria di costituzione alla quale si rinvia, sostiene l'infondatezza dell'appello e ripropone le censure rimaste assorbite in primo grado. Con ordinanza n. 352/15 è stata respinta l'istanza cautelare.

II – Parte appellante lamenta, in estrema sintesi, che il Tar non abbia correttamente apprezzato le concrete peculiarità del caso di specie, che avrebbero dovuto indurlo ad una valutazione sostanzialistica, anziché ad un approccio formalistico e restrittivo, ossia a considerare le dichiarazioni di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 già rese o comunque doveroso il soccorso istruttorio per quella che si presentava come una conferma delle dichiarazioni già in possesso della stazione appaltante, in quanto richieste ai fini dell'iscrizione all'albo distrettuale delle ditte accreditate per la gestione di servizi sociali; e ciò anche alla luce della novella normativa di cui alla legge n. 114/2014 che, pur non applicabile *ratione temporis*, costituiva un indice ermeneutico, come indicato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2014.

Più in particolare, l'appellante valorizza la procedura di accreditamento delle società cooperative effettuata dal Comune di Cefalù appena sei mesi prima della gara in questione. Tale procedura, secondo l'appellante, lungi dal doversi ritenere sganciata e avulsa dalla gara successivamente indetta dalla stazione appaltante costituirebbe, invece, fase prodromica a detta selezione, come desumibile dal fatto che il Comune di Cefalù, quando ha indetto la gara, ha invitato solo i soggetti già iscritti nell'apposito albo abilitante. In ciò si rinverrebbe il senso dell'omessa

indicazione nella lettera di invito dell'onere dichiaratorio ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006; non si tratterebbe, dunque, di una svista, bensì di una scelta consapevole dettata da esigenze di speditezza, considerato che l'amministrazione aveva già acquisito, da meno di sei mesi, le dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38 cit., e così già appurato in capo ai soggetti accreditati l'insussistenza delle condizioni ostative enunciate dalla predetta disposizione. Una eventuale esclusione dalla gara sarebbe, quindi, stata illegittima, non solo e non tanto perché si trattava di dichiarazione non espressamente prevista nella lettera di invito, ma anche e vieppiù in ossequio ai principi di semplificazione amministrativa, sanciti ad esempio dall'art. 18 l. n. 241/1990, così come dall'art. 43 d.P.R. n. 445/2000.

L'argomento del Tar, riferito alla possibilità di modifiche della posizione individuale dei concorrenti nel tempo intercorrente tra l'iscrizione all'albo e la partecipazione alla selezione, non potrebbe essere condiviso in un caso, quale il presente, in cui il divario temporale sia di circa sei mesi, vale a dire un tempo che sovente intercorre tra l'indizione di una gara e l'espletamento della stessa; e ciò ferma restando, comunque, la verifica del possesso dei requisiti dichiarati da effettuare nel corso della gara, tantopiù nei confronti del soggetto aggiudicatario.

L'indicata particolarità della fattispecie denoterebbero altresì che la stazione appaltante ha correttamente fatto uso del potere di soccorso istruttorio, vuoi perché non si trattava di dichiarazione integralmente omessa, bensì di dichiarazione già resa, sia pure in una fase prodromica all'indizione della gara, e già in possesso della stazione appaltante, vuoi perché era stato il *modus operandi* della stazione appaltante a indurre in errore l'appellante circa il momento in cui doveva produrre la dichiarazione; non potrebbero, quindi, ricadere sul concorrente le conseguenze dell'omessa indicazione nella lettera di invito della necessità di produrre le dichiarazioni in questione.

La sentenza sarebbe, quindi, erronea laddove, omettendo qualsivoglia necessaria valutazione della fattispecie concreta, si rifà al principio di eterointegrazione del bando, ritenendo l'obbligo di rendere nuovamente la dichiarazione ex art. 38, a pena di esclusione, ed inapplicabile il soccorso istruttorio.

La riferita impostazione critica dell'appellante è, in definitiva, tutta incentrata sulle circostanze fattuali della sua iscrizione all'albo e del divario temporale tra questa e l'indizione della gara e sull'assunto che esse renderebbero l'assenza di specifico riferimento all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 nella lettera di invito alla selezione significativa della volontà di evitare duplicazioni o comunque suscettibile di trarre in errore il concorrente.

Tali tesi non sono persuasive.

Puntualizzato che il Tar non ha ommesso di considerare la circostanza della precedente iscrizione all'albo, ma l'ha argomentatamente ritenuta non dirimente, il Collegio rileva che detta impostazione non convince laddove tende a accreditare una unitarietà delle due procedure, considerando l'iscrizione all'albo una fase prodromica della gara in questione.

L'istituzione dell'Albo distrettuale delle ditte accreditate per la gestione di servizi sociali, come si rileva dal prodotto avviso pubblico, è stata effettuata con lo scopo di "rendere più efficienti ed efficaci le fasi di progettazione, organizzazione, affidamento e gestione dei servizi sociali del distretto socio-sanitario 33", con riferimento alle azioni del piano di zona 2010/2012, comprendente vari servizi.

L'istanza di iscrizione, per la quale viene, tra l'altro, richiesta la dichiarazione "di non trovarsi in alcuna delle situazioni previste dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006", conduce unicamente, se accolta, all'iscrizione nell'albo. Quel procedimento si conclude con l'accreditamento, relativamente al quale l'amministrazione precisa (vedi avviso pubblico) che i soggetti iscritti "non potranno accampare nei confronti del Distretto alcuna pretesa per l'affidamento dei servizi per i quali

saranno indette trattative private e/o gestiti tramite erogazione di buoni servizio all'utenza beneficiaria".

L'albo, dunque, serve ad indentificare i soggetti accreditati cui l'utenza può scegliere di rivolgersi direttamente, ove l'amministrazione opti per la modalità dell'erogazione di buoni servizio, come pure alla rapida individuazione dei soggetti da invitare ad eventuali future selezioni pubbliche, non necessariamente prossime nel tempo, per i vari servizi contemplati dal piano di zona, nel caso l'amministrazione si determini in tal senso.

L'iscrizione all'albo non presenta una valenza di prequalifica in ordine alla selezione di cui si discute; analogamente, la dichiarazione presentata per l'iscrizione non può essere neppure considerata utile in quest'ultime alla stregua di una dichiarazione parziale, integrabile su richiesta della stazione appaltante mediante un atto di conferma o aggiornamento.

Non ha maggior pregio l'argomento temporale, considerato che il divario di circa sei mesi tra l'iscrizione all'albo e la partecipazione alla gara non esclude l'astratta possibilità che in tale periodo si verificino mutamenti nella titolarità dei poteri di legale rappresentanza o sopraggiungano situazioni ostative.

Né, relativamente alla gara di cui si discute, emerge un'intenzione dell'amministrazione di considerare in qualunque modo la dichiarazione resa per l'iscrizione all'albo; al contrario, la piena autonomia del procedimento selettivo ulteriormente emerge dalla circostanza che la lettera di invito non fa alcun cenno all'iscrizione all'albo e postula una autonoma fase di ammissione alla gara, specificando documentazione o dichiarazioni (in parte corrispondenti a quella richieste ai fini dell'iscrizione all'albo) prescritte a pena di esclusione, da inserire in apposita busta.

Tale lettera di invito, pertanto, non è suscettibile di fondare un affidamento della concorrente nell'utilità delle dichiarazioni presentate ai fini dell'iscrizione all'albo.

Né giova all'appellante invocare il principio di semplificazione e acquisibilità d'ufficio di documentazione già in possesso dell'amministrazione, che non potrebbe trovare applicazione senza frustrare il prioritario principio della par condicio tra i partecipanti alla gara. Del resto, a seguire la tesi dell'appellante, ad essere acquisita non sarebbe l'occorrente dichiarazione riferita al momento della presentazione delle offerte ma una dichiarazione di sei mesi antecedente e potenzialmente rappresentante una situazione superata dai fatti.

Neppure dal comportamento della stazione appaltante successivo alla lettera di invito emergono spunti che avvalorino la supposta intenzione dell'amministrazione di considerare utili ai fini della partecipazione alla gara dichiarazioni presentate in occasione dell'iscrizione all'albo.

La Commissione di gara si occupa preliminarmente dell'esame della documentazione amministrativa ammettendo due delle partecipanti "alla fase successiva"; per quanto riguarda l'ATI Madonita, previa individuazione della composizione societaria quanto a cariche e poteri di rappresentanza, rileva che la documentazione amministrativa "risulta carente delle dichiarazioni ai sensi dell'art. 38 del Dlgs 163/2006" dei legali rappresentanti di entrambe le cooperative associate e ne richiede la produzione; solo dopo il ricevimento della dichiarazione di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38, indicate specificamente, anche tale Ati è stata ammessa.

Ancora in sede di riscontro all'informativa di ricorso dell'Amanthea, la commissione (v. verbale del 17.3.2014) giustificando l'ammissione dell'Ati Madonita, non argomenta con la circostanza che le cooperative associate avevano già presentato ai fini dell'iscrizione all'albo una dichiarazione di insussistenza di condizioni ostative, ma esclusivamente con l'assenza di una puntuale richiesta del bando e col rilievo che, avendo tutti gli altri concorrenti reso le dichiarazioni di cui all'art. 38 cit. aveva ritenuto opportuno farne richiesta anche all'Ati Madonita.

Da quanto sin qui rilevato discende che la precedente iscrizione dell'appellante all'albo delle ditte accreditate, non costituisce, valido argomento per confutare l'affermazione del primo giudice dell'applicabilità, nel caso di specie, del principio di eterointegrazione del bando, con le relative conseguenze anche in termini di non esperibilità del soccorso istruttorio per consentire produzioni tardive di dichiarazioni mancanti, come delineato dalla richiamata pronuncia dell'Adunanza planaria n. 9 del 2014, in riferimento alla normativa *ratione temporis* qui applicabile.

L'approccio sostanzialistico alla valutazione del possesso dei requisiti invocato con richiamo alla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2014 finirebbe, nel descritto contesto, per tradursi in un'anticipata applicazione della novella normativa di cui alla legge n. 114/2014 piuttosto che nel semplice riferimento ad essa quale indice ermeneutico, oppure in un sostanziale amalgama di procedure tra loro distinte.

In conclusione, l'appello è infondato e va respinto, con conferma della sentenza gravata.

Le spese del presente grado seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante a rifondere alla controparte costituita le spese del presente grado di giudizio, che liquida in € 3.000,00 (tremila) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Zucchelli, Presidente

Silvia La Guardia, Consigliere, Estensore

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Giuseppe Mineo, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

L'ESTENSORE
Silvia La Guardia

IL PRESIDENTE
Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO