



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 della Campania**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1194 del 2011, proposto da:  
"Nestore" Consorzio di Cooperative Sociali Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante Capriglione Maria, rappresentato e difeso dall'avv. Renato Labriola, con il quale elettivamente domicilia in Napoli, via Depretis n. 78, presso lo studio dell'avv. Francesco Landolfi;

***contro***

Ambito Territoriale N. 5 Ufficio di Piano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Michele Dulvi Corcione, con il quale elettivamente domicilia presso l'avv. Raffaele Marciano in Napoli, via Santa Lucia n. 62;

***nei confronti di***

Consorzio Confini Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Fusciello Giacomo, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda ATI Consorzio Confini / Cooperativa Sociale Nuova Sair Onlus, rappresentata e difesa, unitamente e disgiuntamente, dagli avv. Salvatore Della Corte, Luca Ruggiero e Concetta Borgese ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Napoli, via Vittorio Veneto n. 288/A; Cooperativa Sociale Nuova Sair Onlus, non costituita;

***per l'annullamento***

“della determina U.d.P. n. 9 del 28.01.2011 di aggiudicazione definitiva dell'appalto di servizio denominato "Assistenza Domiciliare Integrata" all'ATI Consorzio Confini - Società cooperativa sociale Nuova Sair onlus, comunicata alla ricorrente mezzo fax in data 31.01.2011; dei verbali, n. 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9 di cui non si conosce il contenuto e gli atti di gara ad essi connessi nella parte in cui non dispongono l'esclusione dell'ATI Consorzio Confini - Società cooperativa sociale Nuova Sair onlus; del verbale di gara n. 5 nella parte in cui non dispone l'esclusione dell'ATI Consorzio Confini - Società cooperativa sociale Nuova Sair onlus; del verbale di gara n. 9 nella parte in cui dispone l'aggiudicazione provvisoria all'ATI Consorzio Confini - Società cooperativa sociale Nuova Sair onlus”

nonché

“per il risarcimento del danno in forma specifica che si sostanzia

nell'aggiudicazione della gara a "Nestore" Consorzio di Cooperative Sociali Società Cooperativa Sociale Onlus o, in via gradata per equivalente”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ambito Territoriale N. 5 Ufficio di Piano e della Consorzio Confini Società Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2011 la relazione del dott. Francesco Guarracino e uditi i difensori delle parti presenti come specificato nel verbale di udienza;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Col ricorso in esame, il Consorzio di Cooperative Sociali Società Cooperativa Sociale Onlus “Nestore” (di seguito: Consorzio Nestore) ha impugnato, unitamente agli atti indicati in epigrafe, l'aggiudicazione definitiva, in favore della costituenda ATI Consorzio Confini Società Cooperativa Sociale / Cooperativa Sociale Nuova Sair Onlus, di una gara indetta dall'Ambito Territoriale n. 5 per l'affidamento, con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di “Assistenza domiciliare integrata” per la durata di mesi 12, rinnovabili per massimo di 24 mesi,

Alla gara hanno partecipato due concorrenti ed il ricorrente si è

classificato secondo.

L'art. 9 della lex specialis di gara prevede l'aggiudicazione anche nel caso di una sola offerta valida.

Con sei motivi di ricorso (erroneamente enumerati da 1 a 5, con duplicazione) il Consorzio Nestore sostiene che la costituenda A.T.I. Consorzio Confini andasse esclusa dalla gara per la ricorrenza di una pluralità di cause ostative alla sua partecipazione.

Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso con rispettive memorie difensive l'Ambito Territoriale n. 5 Ufficio di Piano e la società cooperativa sociale Consorzio Confini.

Alla camera di consiglio del 23 marzo 2011, fissata per l'esame della domanda cautelare proposta con il ricorso, la causa è stata assunta in decisione per essere definita con sentenza in forma semplificata.

Ritiene il Collegio che il ricorso sia da accogliere in relazione alla fondatezza del primo e del terzo motivo di ricorso, con cui il ricorrente denuncia che la società capogruppo Consorzio Confini non sarebbe validamente in possesso dei requisiti di partecipazione, con riferimento, tra l'altro, alla esperienza almeno triennale nello svolgimento di servizi analoghi a quelli oggetto di gara ed al numero annuo di dipendenti a tempo indeterminato nel triennio non inferiore a cinque (art. 4.3, lett. D, del c.s.a.-disciplinare), e ciò alla luce dei principi affermati in materia di avvalimento da questa Sezione con la recente sentenza n. 644 del 2 febbraio 2011 (cfr. art. 74 c.p.a.).

In base all'art. 4.3, lett. D, del capitolato – disciplinare di gara, rubricato «requisiti di capacità tecnica e professionale», i concorrenti dovevano autocertificare il possesso di una esperienza documentata di almeno tre anni nello svolgimento di servizi analoghi a quelli oggetto di gara, nonché di un numero annuo di dipendenti a tempo indeterminato non inferiore a cinque negli ultimi tre anni dalla pubblicazione del bando.

Il Consorzio Confini, costituito soltanto il 31 dicembre 2007 ed iscritto nel registro delle imprese il 7 gennaio 2008, al fine di integrare il possesso dei requisiti richiesti, ha stipulato in data 29 settembre 2010 un contratto di avvalimento con la mandante Cooperativa sociale Nuova Sair, con cui quest'ultima si è obbligata a mettere a disposizione del Consorzio Confini i requisiti di cui all'art. 4.3, lettere C e D, del capitolato, e segnatamente la qualificazione da essa maturata nel triennio 2007/2009 in relazione al fatturato globale, al fatturato specifico nel settore dei servizi di assistenza domiciliare ed all'esperienza documentata nello svolgimento di servizi analoghi a quello oggetto di gara, ed altresì il numero annuo di dipendenti a tempo indeterminato non inferiore a cinque negli ultimi tre anni alla data di pubblicazione del bando di gara.

Nella già menzionata sentenza n. 644 del 2 febbraio 2011, questa Sezione ha osservato che, al di là della qualifica nominale attribuita dalla lex specialis di gara, non può dubitarsi che l'esperienza pregressa nel settore appartenga alla condizione soggettiva di ciascun

soggetto che partecipa alla gara e che pertanto, nel caso in cui una norma del bando d'indizione di una gara di appalto prescriva tra i requisiti di ammissione la specifica esperienza nel settore oggetto dell'appalto, ed all'appalto partecipi un'associazione di imprese, la specifica esperienza deve essere posseduta da tutte le imprese associate.

Con specifico riferimento al ricorso all'istituto dell'avvalimento, in quella decisione è stato, inoltre, puntualmente rimarcato che, se principio generale che permea l'istituto è quello secondo cui, ai fini della partecipazione alle procedure concorsuali, il concorrente, per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche nonché il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto, può fare riferimento alla capacità e ai mezzi di uno o più soggetti diversi ai quali conta di ricorrere, non ricorrono tali condizioni allorché il requisito di partecipazione, oggetto dell'avvalimento, consista in una condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali (tant'è che l'articolo 88 del d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010, recante regolamento di attuazione del codice dei contratti, prescrive l'indicazione puntuale ed analitica delle risorse e dei mezzi prestati); escluso, in tali termini, l'accesso all'avvalimento operativo, si è soggiunto che, a sua volta, l'ambito del c.d. avvalimento di garanzia resta limitato all'ipotesi in cui l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio della aggiudicataria

ausiliata: avendo tale figura, infatti, la peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto, essa può essere ontologicamente ammessa solo in relazione alla dimostrazione del possesso di idonei requisiti economici e finanziari (come nel caso del volume di affari o del fatturato), poiché al di fuori di tale ipotesi la messa a disposizione di requisiti (soggettivi e) astratti, cioè svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, snatura e stravolge l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara.

Dall'applicazione di tali principi, dai quali il Collegio non ravvisa ragione di discostarsi, discende che il Consorzio Confini non poteva ricorrere all'avvalimento per integrare il possesso del requisito della esperienza triennale nel settore dei servizi sociali per disabili.

A maggior ragione, non poteva valersi dell'impresa ausiliaria, nonché mandante dell'A.T.I., per soddisfare il requisito del numero annuo di dipendenti a tempo indeterminato non inferiore a cinque, col risultato, tra l'altro, di una fittizia duplicazione di dipendenti tra le due società associate.

Per queste ragioni la domanda demolitoria proposta col ricorso va accolta, con annullamento, per l'effetto, dei provvedimenti impugnati.

Quanto alla domanda di risarcimento in forma specifica mediante subingresso nell'aggiudicazione della gara, ovvero in subordine di

risarcimento per equivalente, va osservato, da un lato, che i vizi che hanno determinato l'annullamento dell'aggiudicazione non comportano il rinnovo della gara e, dall'altro, che non risulta agli atti del giudizio che, nelle more, sia stato stipulato il contratto, ragion per cui, per effetto della presente decisione, il ricorrente ha titolo, sotto le condizioni di legge, a conseguire l'aggiudicazione.

La novità delle questioni giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (n. 1194/11), lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati. ---

Spese compensate. ---

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Francesco Guarracino, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**



DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/04/2011

IL SEGRETARIO

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