



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6796 del 2012, proposto da:

P.A.R.S.I.F.A.L. Consorzio di Cooperative Sociali – Soc. Coop. Sociale Onlus, in persona del suo rappresentante legale, rappresentato e difeso dagli avv.ti Ernesto Iannucci e Giancarlo Pompilio, con domicilio eletto presso Ernesto Iannucci in Roma, via Taro, 25;

contro

Comune di Tivoli, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Galoppi, con domicilio eletto presso Giovanni Galoppi in Roma, via Sistina, 42;

nei confronti di

Consorzio SOL.CO Solidarietà e Cooperazione - Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del suo rappresentante legale, rappresentato e difeso dagli avv.ti Stefano Bertuzzi e Massimo Marra, con domicilio eletto presso Stefano Bertuzzi in Roma, via Caposile, 10;

Formula Sociale Soc. Coop. Sociale Onlus, ABC SoS Soc. Coop. Soc., Nuova SAIR Soc. Coop. Soc., Omnia Onlus Cooperativa Sociale, in persona dei loro rappresentanti legali, non costituite in giudizio;

per ottenere

- l'annullamento della determinazione dirigenziale 6.7.2012 n. 1006 del Settore IV – Welfare del Comune di Tivoli, con la quale è stata approvata la graduatoria definitiva della gara per l'appalto del servizio di interventi a sostegno della famiglia e dei minori ai sensi della legge n. 285/1997, indetta con bando pubblicato il 12.1.2012;

- il risarcimento dei danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Tivoli e di SOL.CO Solidarietà e Cooperazione - Soc Coop Soc. Onlus;

Visto il ricorso incidentale presentato da SOL.CO Solidarietà e Cooperazione - Soc Coop Soc. Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2013 il dott. Antonio Vinciguerra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato il 12.1.2012 il Comune di Tivoli aveva indetto una gara per l'appalto del servizio di interventi a sostegno della famiglia e dei minori, ai sensi della legge n. 285/1997.

La gara è stata aggiudicata (2.7.2012) al Consorzio SOL.CO Solidarietà e Cooperazione - Società Cooperativa Sociale Onlus. La posizione dell'aggiudicataria e delle altre imprese concorrenti, nonché la legittimità dell'affidamento, sono contestati con il presente ricorso giurisdizionale da P.A.R.S.I.F.A.L. Consorzio di Cooperative Sociali – Soc. Coop. Sociale Onlus, l'offerta della quale era stata ammessa alla selezione.

Il ricorso è notificato al Comune di Tivoli e alle imprese cooperative che hanno preso parte alla gara. Si sono costituiti in giudizio l'Amministrazione comunale e l'impresa aggiudicataria.

La ricorrente deduce, anzitutto, che le imprese in gara non hanno ottemperato alla prescrizione dell'art. 12 del capitolato speciale dell'appalto, secondo cui i concorrenti avrebbero dovuto possedere, quale requisito di partecipazione alla selezione, "un fatturato relativo ai servizi oggetto di gara realizzato complessivamente negli ultimi tre esercizi dal 2008 al 2010, di importo singolarmente non inferiore a quello riportato nella tabella di cui all'art. 1 del capitolato (*rectius*: art. 10), per un importo totale di 1.585.226,49 euro".

Orbene, secondo parte ricorrente le altre imprese in gara hanno documentato fatturati relativi a servizi e attività estranei all'oggetto dell'appalto.

In particolare, il Consorzio SOL.CO ha allegato un *curriculum* riferito a servizi socio-sanitari, che solo incidentalmente riporta l'esperienza maturata nella gestione dei servizi scolastici di base (comunque estranei all'oggetto della gara); il costituendo raggruppamento tra la Cooperativa Sociale Nuova Sair e la Cooperativa Sociale Omnia elencava gli stessi servizi, senza dimostrare di aver gestito centri per la famiglia, servizi di assistenza sociale professionale e di segretariato sociale nella misura richiesta dal capitolato; il costituendo r.t.i. tra la Cooperativa Sociale Progetto Colonna e S.E.A. Sanitaria Emergenza Ambulatoriale s.r.l. elencava generici servizi di assistenza di base per alunni diversamente abili resi in favore dei Comuni di Fiumicino e Genzano, che esulano del tutto rispetto ai servizi richiesti dal bando della gara.

In secondo luogo, per il Consorzio SOL.CO e per il costituendo r.t.i. tra Nuova Sair e Omnia la ricorrente deduce l'omessa produzione delle dichiarazioni bancarie probatorie della capacità economica e finanziaria, ai sensi del punto III. 2.1.2. del bando di gara. Secondo P.A.R.S.I.F.A.L. non rileva la clausola di cui all'art. 12 del capitolato speciale, che limita il suddetto obbligo di produzione alle imprese costituite da meno di tre anni, perché nel contrasto tra disposizioni di gara sono prevalenti le regole definite dal bando, il quale è il riferimento principale per la disciplina della selezione.

A carico della Consorzio SOL.CO Soc.Coop.Soc. è dedotta l'ulteriore violazione del bando riguardo alla clausola di cui al punto III 2.1.1. per la posizione del direttore tecnico dell'impresa, non indicata nei documenti presentati per la gara. La stessa avrebbe dovuto essere esclusa dall'appalto ai sensi dell'art. 38, comma I, lett. a), del D.Lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici), giacché è incorsa in una procedura pre-concorsuale per aver presentata presso la Camera di Commercio di Roma l'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 *bis* del R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare), mentre un precedente accordo di ristrutturazione era stato rigettato nel 2011.

Infine sono contestate anomalie nel rialzo, rispetto al prezzo base dell'appalto, delle offerte proposte da SOL.CO e dal r.t.i. Nuova Sair/Omnia, ed è dedotta la violazione dell'art. 283, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010, come modificato dall'art. 12, comma 2, del D.L. n. 52/2012, laddove la commissione di gara non ha aperto in seduta segreta alcune delle offerte tecniche presentate.

Il Comune di Tivoli e l'aggiudicataria Consorzio SOL.CO hanno controdedotto alle censure. SOL.CO ha presentato ricorso incidentale avverso l'ammissione in gara del Consorzio P.A.R.S.I.F.A.L., del quale contesta l'anomalia dell'offerta quanto al costo del lavoro.

La ricorrente P.A.R.S.I.F.A.L. ha eccepito l'inammissibilità del ricorso incidentale e ha replicato alle controdeduzioni.

La causa è passata in decisione all'udienza del 10.1.2013.

DIRITTO

È fondata l'eccezione d'inammissibilità del ricorso incidentale.

Il predetto ricorso è proposto da SOL.CO in contestazione della decisione di ammettere P.A.R.S.I.F.A.L. alla gara, mentre sono contestate anomalie dell'offerta economica che, ove esatte, dovrebbero determinare l'esclusione dell'offerta stessa e non dell'impresa. Vi è, dunque, un contrasto tra *petitum* e *causa petendi* che rende inammissibile il ricorso incidentale.

Va comunque esclusa la fondatezza del medesimo nel merito.

La diminuzione del costo del lavoro nell'offerta di P.A.R.S.I.F.A.L., oggetto della contestazione di SOL.CO, è riferibile al costo medio e non ai minimi retributivi fissati dalle tabelle ministeriali. Tale riduzione è resa possibile dalle condizioni impositive e contrattuali regionali e relative alla posizione dell'impresa, che P.A.R.S.I.F.A.L. indica nell'esclusione dell'indennità di turno e dell'indennità di cui all'art. 26 del contratto collettivo di settore (non calcolata perché non occorsa dal 2008 ad oggi), nonché dell'IRES (imposta non dovuta dalle cooperative sociali) e della misura maggiore dell'IRAP, richiesta dalla Regione Lazio al 4,51% anziché al 3,90% come in altre regioni.

Nel calcolo del costo del lavoro P.A.R.S.I.F.A.L. ha tenuto conto dei parametri di cui al precedente contratto collettivo del 2009 (tabelle dei costi orari di cui al D.M. 24.2.2009), ma nel rispetto dei minimi retributivi anche riguardo agli indici di cui al nuovo contratto per i lavoratori delle cooperative del settore socio-sanitario, assistenziale-educativo e di inserimento lavorativo per il triennio 2010/2012, entrato in vigore il 13.3.2012. Sono pertanto infondate le censure formulate dalla ricorrente incidentale di anomalia dell'offerta di P.A.R.S.I.F.A.L. con riferimento al calcolo del costo del lavoro e ai parametri per esso utilizzati.

Nel merito del ricorso principale il Collegio rileva l'infondatezza dei motivi dedotti da P.A.R.S.I.F.A.L.

Quanto ai fatturati d'impresa, appare corretta e congrua l'interpretazione data dalla commissione di gara alla clausola del capitolato speciale d'appalto (art. 12) che li richiede con riferimento al triennio 2008-2010 per la prova della capacità economica.

In forza del principio di conservazione occorre dare alle clausole dubbie l'interpretazione conforme a legge, tale da escludere ipotesi di illegittimità procedurali. La commissione di gara ha dato alla disposizione dell'art. 12 del c.s.a. la lettura compatibile con la norma di cui all'art. 41, comma I, lett. c), del codice dei contratti pubblici, secondo la quale la capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti a gare per appalto di servizi e forniture può essere data con dichiarazione ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, concernente il fatturato globale e l'importo relativo ai servizi e forniture nel settore oggetto della gara realizzati negli ultimi tre esercizi. In funzione dei principi di logica e razionalità la giurisprudenza ha interpretato la norma riconoscendo la sufficienza della dichiarazione sul fatturato globale d'impresa al fine di dimostrare la capacità economico-finanziaria, mentre l'onere della dichiarazione specifica circa l'importo dei servizi e delle forniture nel settore nel quale rientrano le attività oggetto della gara è facoltativo ed è rimesso alla discrezionalità dei bandi di gara, i quali comunque non possono adottare disposizioni arbitrarie e contrarie alla logica e alla ragionevolezza (Cons.St., V, 23.2.2010 n. 240). Ancora, il principio di *favor participationis*, valevole nelle procedure pubbliche d'appalto (Cons.St., V, 5.9.2011

n. 4981), dà valore di stretta interpretazione alla disciplina – legislativa e/o specifica della gara – che regola l'esclusione dei concorrenti (Cons.St., V, 28.9.2005 n. 5194; T.A.R. Lazio, III, 2.1.2012 n. 28).

Dall'applicazione dei principi suddetti riviene che in fattispecie la sola interpretazione dell'art. 12 c.s.a. conforme a legge e volta a consentire la piena partecipazione delle cooperative sociali alle quali era rivolto l'invito a concorrere rende utile alla prova della capacità economica d'impresa la dichiarazione autocertificativa del fatturato maturato nell'ultimo triennio nel settore dei servizi sociali, i quali, ai sensi dell'art. 128, comma 2, del D.Lgs. 31.3.1998 n. 112, sono riferibili a tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita.

Non è dubbio che le imprese ammesse alla gara hanno documentato e dichiarato gli importi relativi a prestazioni svolte nell'ambito dei servizi sociali, da intendersi non soltanto quelli che sono oggetto della gara (interventi a sostegno della famiglia e dei minori), ma anche le attività indicate come servizi scolastici di base, servizi socio-sanitari, assistenza sociale professionale e per diversamente abili. Prestazioni professionali il cui fatturato è adeguato a definire la capacità economica e finanziaria delle imprese dichiaranti, ai sensi dell'art. 12 del c.s.a. e alla stregua dell'art. 41 del D.Lgs. 12.4.2006 n. 163.

Gli stessi principi di ragionevolezza e di affidamento escludono che l'omessa produzione delle dichiarazioni bancarie a prova della capacità economico-finanziaria, già autocertificata dalle imprese con le dichiarazioni dei fatturati, possa costituire clausola di esclusione dalla gara in deroga al disposto di cui all'art. 46, comma *I bis*, del codice dei contratti pubblici. Laddove appare logico, come ha fatto la stazione appaltante a mezzo di chiarimento comunicato nel corso della gara a tutte le imprese concorrenti, intendere la disposizione dell'art. 12 c.s.a. - che limita l'onere di produzione alle sole imprese costituite da meno di tre anni – come integrazione del bando di gara (e non in contrasto con esso, come invece sostiene la ricorrente), richiedendosi così una garanzia supplementare alle imprese presenti nel settore da non molto tempo; mentre il Consorzio SOL.CO e il r.t.i. Nuova Sair/Omnia hanno maggiore anzianità d'impresa.

Per quanto concerne la corretta indicazione dei rappresentanti legali e dei direttori tecnici delle imprese concorrenti, la relativa censura è riferita alla posizione di un funzionario di SOL.CO, sig. Cinelli, che riveste la qualifica di delegato ai sensi dell'art. 2 della legge 25.8.1991 n. 287 - norma peraltro abrogata dal D.Lgs. 26.3.2010 n. 59 - e che in quanto tale non rientra tra le figure rappresentative identificate dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 per le quali sono richiesti determinati e certificati requisiti di moralità ai fini del conferimento di appalti pubblici. Né l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 *bis* della legge fallimentare concreta alcuna delle procedure concorsuali per le quali, ai sensi del primo comma lett. a) dell'art. 38 cit., sia preclusa all'impresa la partecipazione alla procedura di affidamento.

Quanto all'offerta economica di SOL.CO (che precipuamente interessa per le finalità processuali), essa è desumibile dai prospetti allegati al modello fornito dalla stazione appaltante, in complessivi euro 508.077,56, ossia in lieve ribasso sul prezzo base di euro 508.085,41. Il costo medio ponderato su base oraria indicato in aumento – euro 18,44 contro euro 14,44 indicati dalla stazione appaltante – è originato da un inappropriato arrotondamento rispetto al valore completo di 18,4353, che però non smentisce né rende non intellegibili i calcoli espressi che conducono al ribasso moderato – non anomalo - dell'offerta complessiva.

Con l'ultimo motivo del ricorso principale P.A.R.S.I.F.A.L. ha dedotto la violazione della disposizione di cui all'art. 283, comma 2, del D.P.R. 5.10.2010 n. 207 (regolamento per l'esecuzione del codice dei contratti pubblici), come modificato dall'art. 12, comma 2, del D.L. 7.5.2012 n. 52, considerato che alcune delle offerte tecniche presentate, compresa quella della ricorrente, sono state aperte in seduta segreta anziché pubblica.

Il D.L. 7.5.2012 n. 52 (disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica) è entrato in vigore il 9.5.2012. Il testo originario del comma 2 dell'art. 12 ha modificato il comma 2 dell'art. 283 del D.P.R. n. 207/2010 introducendovi le seguenti parole *“La commissione apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti. In una o più sedute riservate, la commissione, costituita ai sensi dell'articolo 84 del codice, valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito secondo quanto previsto nell'allegato”*. La novella, dunque, separa la fase della verifica della documentazione tecnica (da svolgersi in seduta pubblica) da quella della valutazione delle offerte (in seduta riservata), laddove la precedente disposizione unificava i due tempi e prescriveva la sola sessione riservata. Essa è stata recepita dalla legge di conversione n. 94 del 6.7.2012, la quale con diversa formula ha confermato la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 12 D.L. n. 52/2012, che rendeva applicabile la nuova normativa in tema di pubblicità delle sedute di verifica della documentazione tecnica alle procedure di affidamento in corso nelle quali, alla data di entrata in vigore del decreto (9.5.2012), non si sia ancora proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche.

In fattispecie, peraltro, la fase dell'apertura dei plichi delle offerte tecniche ha avuto avvio prima del 9.5.2012, nel previgente regime normativo, e perciò la regola della seduta pubblica di verifica non può essere riconosciuta obbligatoria nel caso in esame, nemmeno per i plichi aperti dopo quella data (come è avvenuto per l'offerta della ricorrente, la cui busta è stata aperta il 14.5.2012 per il controllo della documentazione e la valutazione).

Il principio di conservazione normativa esclude in quanto contraria alla Costituzione e al diritto comunitario l'interpretazione secondo la quale la suddetta regola di pubblicità delle sedute è resa obbligatoria anche solo per i plichi d'offerta non ancora aperti al 9.5.2012, e non per i plichi aperti in precedenza, giacché violerebbe il principio che impone la parità di trattamento tra i concorrenti (art. 2 D.Lgs. n. 163/2006).

Da quanto premesso occorre concludere rilevando la correttezza del procedimento e la legittimità delle determinazioni contestate.

Sussistono motivi di compensazione in ordine alle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis) dichiara inammissibile il ricorso incidentale e rigetta il ricorso principale in epigrafe.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Eduardo Pugliese, Presidente

Antonio Vinciguerra, Consigliere, Estensore

Francesco Arzillo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/02/2013

IL SEGRETARIO

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